

GUSTAVO TEPEDINO  
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA  
VITOR ALMEIDA

COORDENADORES

# DA DOGMÁTICA À EFETIVIDADE DO DIREITO CIVIL

ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL  
DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL  
· IV CONGRESSO DO IBDCIVIL

Realizado o IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), o leitor terá aqui atualíssima agenda de temas e problemas de direito privado. Questões controvertidas que se encontram na ordem do dia constituem o objeto da análise de diversas gerações de juristas. O fio condutor será a superação da dogmática formalista, em direção à efetividade do direito civil que, por sua vez, aspira à renovação doutrinária, promocional, inclusiva e, a um só tempo, comprometida com fundamentos teóricos bem definidos pela legalidade constitucional. O livro é composto tanto por artigos que traduzem reflexões feitas por ocasião do congresso, quanto pelos trabalhos vencedores do concurso realizado em comemoração ao centenário do Código Civil de 1916 – I Prêmio Clóvis Beviláqua, que revelam novos nomes do direito civil e o compromisso da nova geração com a efetividade do direito vinculado à realização da pessoa humana.

ISBN 978-85-450-0319-9



9 788545 003199

CÓDIGO: 10001185



Acesse nossa livreria virtual  
[www.editoraforum.com.br/loja](http://www.editoraforum.com.br/loja)

**f Fórum**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

**IBDCivil**  
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

*Coordenadores*

GUSTAVO TEPEDINO  
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA  
VITOR ALMEIDA

DA DOGMÁTICA  
À EFETIVIDADE DO DIREITO CIVIL

ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL  
DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL –  
IV CONGRESSO DO IBDCIVIL

Belo Horizonte



É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

# Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Florianio de Azevedo Marques Neto
Alécia Paulucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Indi Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Bezerra	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Cabral	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 19º andar - Savassi - CEP 30130-012  
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121 4900 / 2121 4949  
www.editoraforum.com.br - editoraforum@editoraforum.com.br

D654 Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBD/CIVIL/Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida (Coord.). - Belo Horizonte : Fórum, 2017.

787 p.  
ISBN: 978-85-450-0319-9

1. Direito Civil. I. Tepedino, Gustavo. II. Teixeira, Ana Carolina Brochado. III. Almeida, Vitor. IV. Título.

CDD 342.1  
CDU 347

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBD/CIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 787 p. ISBN 978-85-450-0319-9.

## SUMÁRIO

### PREFÁCIO

GUSTAVO TEPEDINO.....	23
-----------------------	----

## PART I

### CAPÍTULO 1

#### A RAZOABILIDADE NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

GUSTAVO TEPEDINO.....	27
1.1 Técnicas de interpretação e princípio da segurança jurídica .....	27
1.2 O panorama jurisprudencial: hesitações e dificuldades conceituais.....	29
1.3 Razoabilidade e proporcionalidade: o proporcional é razoável? .....	31
1.4 Razoabilidade como método necessário e permanente: a identificação de critérios substanciais em julgados do Superior Tribunal de Justiça .....	33
1.5 Perigos do formalismo e do subjetivismo na legalidade constitucional.....	35

### CAPÍTULO 2

#### A TUTELA DAS VULNERABILIDADES NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

HELOISA HELENA BARBOZA, VITOR ALMEIDA .....	37
Notas introdutórias .....	37
2.1 Vulnerabilidade: noção jurídica.....	38
2.2 A necessária preservação da autonomia dos vulneráveis.....	45
2.3 Instrumentos de tutela das vulnerabilidades: o exemplo dos mecanismos de apoio ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência.....	47
Considerações finais.....	50

### CAPÍTULO 3

#### VULNERABILIDADE EXISTENCIAL NA INTERNET

DEBORAH PEREIRA PINTO DOS SANTOS .....	51
--	----

3.3	Vulnerabilidade existencial na internet e tutela prioritária de crianças e adolescentes .....	57
3.4	Conclusão: primeiros apontamentos para a proteção de crianças e adolescentes em situações jurídicas existenciais na internet .....	62

#### CAPÍTULO 4

##### O DIREITO AO ESQUECIMENTO DA PESSOA TRANSEXUAL

<b>THAMIS DALSENTER VIEIROS DE CASTRO, VITOR ALMEIDA</b> .....		65
	Notas introdutórias .....	65
4.1	A expansão da privacidade: a autodeterminação informativa e o direito ao esquecimento (ou ao controle de informações pessoais pretéritas) .....	68
4.2	Autonomia corporal e pessoa transexual .....	71
4.3	Identidade pessoal e direito à alteração do nome e do sexo .....	77
4.4	O direito ao casamento de pessoas transexuais .....	86
4.4.1	O erro essencial sobre a pessoa do cônjuge e a validade do casamento .....	89
	Notas conclusivas .....	94

#### CAPÍTULO 5

##### SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS: FUNCIONALIZAÇÃO OU COMUNITARISMO?

<b>DANIEL BUCAR</b> .....		97
5.1	Introdução .....	97
5.2	Liberalismo x comunitarismo: a dicotomia histórica .....	97
5.3	A leitura liberal da função social das situações patrimoniais .....	101
5.3.1	Uma nota sobre a doutrina administrativista: o interesse público .....	104
5.4	Concepções não liberais da função social das situações patrimoniais .....	106
5.5	Conclusão: a função social é expressão do comunitarismo contemporâneo? .....	107

#### CAPÍTULO 6

##### CONSTRUINDO UM DEVER DE RENEGOCIAR NO DIREITO BRASILEIRO

<b>ANDERSON SCHREIBER</b> .....		109
6.1	A economia do desequilíbrio .....	109
6.2	Comportamento dos contratantes diante do desequilíbrio e o silêncio do legislador brasileiro .....	112
6.3	Dimensão comportamental do desequilíbrio contratual na experiência jurídica estrangeira e internacional .....	117
6.4	Construção de um dever de renegociar no direito brasileiro .....	124

#### CAPÍTULO 7

##### A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA E O CONTRATO INCOMPLETO COMO INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE RISCO NOS CONTRATOS

<b>ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA, PAULA GRECO BANDEIRA</b> .....		133
	Introdução: o contrato como mecanismo de gestão de riscos .....	133
7.1	Os modos de alocação de riscos nos contratos: gestão positiva e negativa .....	136
7.2	A cláusula resolutiva expressa como instrumento de gestão positiva dos riscos .....	136
7.3	O contrato incompleto como instrumento de gestão negativa dos riscos .....	142
	Conclusão .....	144

#### CAPÍTULO 8

##### A RELATIVIZAÇÃO DO DUPLO LIMITE E DA SUBSIDIARIEDADE NAS AÇÕES POR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

<b>CARLOS NELSON KONDER, PATRICK SAAR</b> .....		147
8.1	Introdução .....	147
8.2	A doutrina clássica do enriquecimento sem causa e os novos desafios do lucro da intervenção .....	147
8.3	Dificuldades da teoria do duplo limite .....	150
8.4	A questão da subsidiariedade .....	153
8.5	Conclusão .....	156

#### CAPÍTULO 9

##### QUAIS OS IMPACTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO SOCIETÁRIO?

<b>MARCOS EHRHARDT JR.</b> .....		157
	Introdução .....	157
9.1	Funções da boa-fé objetiva em nosso sistema .....	158
9.2	O necessário diálogo com práticas de governança corporativa para ampliação da aplicação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva .....	160
9.3	Necessidade de ressignificação do ordenamento jurídico na perspectiva do dever geral de boa-fé objetiva .....	162
	Notas conclusivas .....	165

#### CAPÍTULO 10

##### PACTO MARCIANO: TRAJETÓRIA, CONSTITUIÇÃO E EFEITOS

<b>CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO</b> .....		167
10.1	Introdução .....	167
10.2	O pacto marciano: trajetória e mecanismos de atuação .....	169



10.2.1.1	Aquisição da propriedade plena da coisa objeto da garantia pelo credor.....	177
10.2.1.2	Aferição do justo valor da coisa objeto da garantia .....	179
10.2.1.2.1	Aspecto procedimental.....	180
10.2.1.2.2	Aspecto temporâneo.....	183
10.3	À guisa de conclusão. Os efeitos da cláusula marciana: restituição do <i>superfluum</i> ao devedor, abatimento do valor da coisa dada em garantia da dívida remanescente, perdão legal e extinção da obrigação .....	186

## CAPÍTULO 11

### A TUTELA POSSESSÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: AINDA SOBRE O FUNDAMENTO DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

ROBERTA MAURO MEDINA MAIA .....		189
11.1	Introdução .....	189
11.2	Uma premissa importante: a análise das teorias subjetiva e objetiva.....	190
11.3	A tutela possessória e o seu viés civilizatório: notas sobre as opções do legislador brasileiro a respeito do tema .....	195
11.4	Crítérios processuais para a concessão de tutela possessória e a ocupação de áreas públicas ou privadas para fins de protesto.....	203
11.5	Conclusão.....	207

## CAPÍTULO 12

### OS ALIMENTOS ENTRE DOGMÁTICA E EFETIVIDADE

ANA CARLA HARMATIUK MATOS, ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA.....		209
Introdução .....		209
12.1	Princípio da solidariedade familiar .....	209
12.2	Os critérios para o estabelecimento do binômio alimentar e os parâmetros jurisprudenciais .....	211
12.3	Alimentos a ex-cônjuges ou ex-companheiros.....	214
12.4	Possibilidades prospectivas de maior efetividade dos alimentos.....	219
Conclusão.....		222

## CAPÍTULO 13

### MULTIPARENTALIDADE A PARTIR DA TESE APROVADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA, RICARDO CALDERÓN.....		225
Introdução .....		225
13.1	Entendimento do STF acolhendo a multiparentalidade no direito brasileiro .....	229
13.2	A tese aprovada em representação.....	---

13.3.1	O reconhecimento jurídico da afetividade .....	231
13.3.2	Vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica .....	232
13.3.3	Possibilidade jurídica da multiparentalidade .....	233
13.3.4	Princípio da parentalidade responsável.....	233
13.4	Efeitos a partir da tese fixada .....	234
13.5	Avanço e cautela .....	235

## CAPÍTULO 14

### COMO PRESERVAR A ISONOMIA DAS ENTIDADES FAMILIARES NA SUCESSÃO LEGAL?

ANA LUIZA MAIA NEVARES .....		239
14.1	Atualidade da questão proposta .....	239
14.2	Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro .....	240
14.3	A centralidade do cônjuge na ordem de vocação hereditária. Interpretações em desfavor do cônjuge sobrevivente.....	242
14.4	A legítima: ponderações .....	245
14.5	Legislação de <i>lege lata</i> : imperiosa equiparação de direitos sucessórios em virtude do fundamento da sucessão hereditária .....	249
14.6	Conclusão .....	252

## CAPÍTULO 15

### A RELEVÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO NO ATUAL ORDENAMENTO BRASILEIRO

DANIELE CHAVES TEIXEIRA.....		253
15.1	Notas introdutórias .....	253
15.2	Importâncias do direito sucessório no mundo contemporâneo.....	254
15.3	Desconstrução dos pilares do direito das sucessões: família e propriedade .....	256
15.4	Planejamento sucessório: à rigidez do direito das sucessões no Brasil.....	259

## CAPÍTULO 16

### O DEVER DE REVELAÇÃO E OS STANDARDS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

PAULO NALIN, MARCOS ALBERTO ROCHA GONÇALVES .....		261
16.1	Notas introdutórias: a arbitragem e os desafios dos novos tempos.....	261
16.2	A imparcialidade como fundamento da jurisdição e os critérios de definição do impedimento do juiz e do árbitro.....	263
		268

## CAPÍTULO 17

### OS DESAFIOS DO ENSINO DEMOCRÁTICO E INCLUSIVO DO DIREITO CIVIL

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA, VITOR ALMEIDA .....	275
Notas introdutórias .....	275
17.1 As mutações da hermenêutica jurídica e sua influência no ensino jurídico .....	276
17.2 A importância da funcionalização e humanização do ensino do direito civil .....	278
17.3 Os desafios do ensino jurídico universitário .....	280
17.4 Teoria e práxis na formação universitária .....	282
174.1 O exemplo dos núcleos de prática jurídica e das clínicas de direitos fundamentais .....	284
17.5 Do direito civil do homem médio ao direito civil da pessoa humana: novas pautas .....	285
Considerações finais: ensinar para emancipar .....	287

## PARTE II

### CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – I PRÊMIO CLÓVIS BEVILÁQUA

#### CATEGORIA PROFISSIONAL

## CAPÍTULO 1

### DOGMÁTICA E EFETIVIDADE: O PAPEL DA CIVILÍSTICA NO DESBRAVAMENTO DE ESPAÇOS DE LIBERDADES

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS .....	291
Introdução .....	291
1.1 O problema em contexto: ângulos e parâmetros da ascendência do Estado Constitucional. A renovação da dogmática e sua necessária efetividade .....	292
1.2 Direito civil, Constituição e os desafios da civilística brasileira contemporânea .....	296
1.3 Efetividade: o papel da literatura na abertura e preservação de espaços de liberdades .....	300
Conclusão .....	304

## CAPÍTULO 2

### A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES REAIS: TUTELA DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO REAL COMO PROCESSO

DIANA PAIVA DE CASTRO, FRANCISCO DE ASSIS VIÉGAS .....	307
Introdução .....	307

2.2 Delimitação do espaço de incidência da boa-fé objetiva em relação à função social .....	313
2.3 A interpretação da boa-fé nas relações reais em função aplicativa .....	316
2.3.1 A incidência da boa-fé objetiva nas relações condominiais e a figura parcelar da <i>supressio</i> .....	317
2.3.2 A incidência da boa-fé objetiva para a solução de conflitos entre centros de interesse contrapostos nos direitos reais sobre coisa alheia: usufruto, servidão, superfície, hipoteca e penhor .....	321
Síntese conclusiva .....	325

## CAPÍTULO 3

### DIALOGOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PRIVADO: O FENÔMENO DA DESCODIFICAÇÃO E O NOVO DIREITO PRIVADO SOLIDÁRIO

LAÍS GOMES BERGSTEIN .....	327
3.1 Introdução .....	327
3.2 O fenômeno da descodificação: as eras da “ordem e da desordem” .....	328
3.3 A triplíce dimensão da Constituição brasileira .....	330
3.4 O novo “direito privado solidário” .....	332
3.5 <i>Case law</i> : influências recíprocas na prática forense .....	334
3.6 Considerações finais .....	336

## CAPÍTULO 4

### PROPOSTA DE RELEITURA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DOS INTERESSES EXISTENCIAIS DECORRENTES DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

MAICI BARBOZA DOS SANTOS COLOMBO .....	339
4.1 Introdução .....	339
4.2 A releitura da obrigação alimentar segundo os princípios insculpidos na Constituição da República de 1988 .....	340
4.3 A desconconsideração da personalidade jurídica inversa como instrumento de efetivação da prestação alimentar .....	343
4.4 Desconconsideração para fins de imputação e para fins de responsabilidade .....	346
4.5 Pressupostos de aplicabilidade e a jurisprudência .....	347
4.6 Conclusão .....	352

## CAPÍTULO 5

### POR UMA RELEITURA FUNCIONAL DO (IN)ADIMPLEMENTO CONTRATUAL: REPERCUSSÕES DOS DEVERES DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA

RODRIGO DA GITA SILVA .....	355
-----------------------------	-----

5.2	A cláusula geral de boa-fé objetiva como fundamento de deveres laterais de conduta.....	357
5.3	Delineamento da doutrina da violação positiva do contrato no direito brasileiro.....	363
5.4	Enquadramento dogmático dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva na disciplina do inadimplemento contratual.....	368
5.5	Síntese conclusiva.....	372

## CAPÍTULO 6

### A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AOS CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.283/RS

<b>ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE OLIVEIRA</b> .....		375
	Introdução.....	375
6.1	O Recurso Especial nº 1.163.283/RS.....	376
6.1.1	Peculiaridades do caso concreto.....	379
6.1.2	Principais fundamentos do acórdão do REsp nº 1.163.283/RS.....	380
6.2	Regime jurídico do Sistema Financeiro da Habitação.....	383
6.2.1	O surgimento do Sistema Financeiro da Habitação.....	383
6.2.2	O desequilíbrio nos financiamentos imobiliários do SFH.....	383
6.3	Inconsistências da aplicação da análise econômica do direito nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação.....	385
6.3.1	Teste de compatibilidade constitucional.....	386
6.3.2	A metodologia do direito civil constitucional.....	387
6.3.3	A inconsistência sistêmica com o Recurso Especial Repetitivo nº 1.070.297/PR e a redução da função social do contrato aos interesses do mercado.....	390
	Considerações finais.....	394

## CAPÍTULO 7

### CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NA INTERNET

<b>CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ</b> .....		397
	Introdução.....	397
7.1	O direito à imagem na legalidade constitucional.....	398
7.1.1	O consentimento para o uso da imagem.....	403
7.1.2	Exceções para a utilização da imagem independentemente da autorização de seu titular.....	405
7.2	A compensação pela dano moral.....	

7.3	A proteção do Marco Civil da Internet às imagens contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.....	413
	Considerações finais.....	416

## CAPÍTULO 8

### COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP Nº 1.315.668: O RECONHECIMENTO DA VALIDADE DO AUMENTO DE PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA IDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

<b>MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL</b> .....		417
8.1	Introdução.....	417
8.2	Breve incursão na matéria fática e nos fundamentos jurídicos do caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.....	418
8.3	O entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.315.668.....	419
8.4	Análise do julgado do Superior Tribunal de Justiça sob o prisma do princípio da função social dos contratos.....	421
8.5	A prevalência da proteção do indivíduo concreto na relação contratual em detrimento do ideal de “bem comum”.....	424
8.6	Conclusão.....	426

## CAPÍTULO 9

### CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A (I)LEGALIDADE DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL

<b>GABRIEL HONORATO DE CARVALHO</b> .....		427
9.1	Notas introdutórias.....	427
9.2	Negócios jurídicos: definição e elementos estruturais.....	428
9.3	A constitucionalização do direito privado: eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a função social dos contratos.....	429
9.4	A cláusula de carência – prorrogação do prazo de entrega do imóvel – à luz do ordenamento jurídico brasileiro.....	432
9.5	Considerações finais.....	437

## CAPÍTULO 10

### A TUTELA DA PRIVACIDADE: DESDOBRAMENTOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE DADOS PESSOAIS

<b>JOANA DE MORAES SOUZA MACHADO, AURICELIA DO NASCIMENTO MELO</b> .....		439
	Introdução.....	439
10.1	Considerações acerca dos dados pessoais.....	441

10.2.1	Desenvolvimento do modelo europeu .....	447
10.2.2	Os principais aspectos da Directiva nº 95/46/CE .....	450
10.3	O modelo italiano de proteção de dados pessoais .....	452
	Conclusão .....	457

## CAPÍTULO 11

### GUARDA COMPARTILHADA: UMA REFLEXÃO DA LEI Nº 13.058/2014 A PARTIR DA INTERLOCUÇÃO ENTRE O DIREITO E A PSICOLOGIA

ARLENE MARA DE SOUSA DIAS, MAURICIO RODRIGUES DE SOUZA .....	459
Introdução .....	459
Breves considerações acerca das transformações da família no Brasil .....	460
O papel dos pais na formação psíquica da criança e os possíveis prejuízos de ordem emocional para os filhos .....	462
Guarda de filhos na legislação brasileira .....	464
Análise da Lei nº 13.058/2014: uma necessária interlocução entre o direito e a psicologia .....	466
Considerações finais .....	476

## CAPÍTULO 12

### A CAPACIDADE CIVIL NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A QUEBRA DA DOGMÁTICA E O DESAFIO DA EFETIVIDADE

JACQUELINE LOPES PEREIRA, LIGIA ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA.....	479
12.1      Introdução.....	479
12.2      “Personalização” da pessoa com deficiência e o paradigma da capacidade legal .....	480
12.3      Primeiros sinais de interpretação dos tribunais sobre incapacidade em ação de interdição .....	484
12.3.1    Método de seleção de julgados e descrição fática e decisória.....	484
12.3.2    Análise crítica do conteúdo dos julgados .....	487
12.4      Considerações finais.....	490

## CAPÍTULO 13

### A GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA NOS CASOS DE LITÍGIO CONJUGAL: UMA ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.058/2014 NO FÓRUM CÍVEL DE BELÉM

GRACE BAÊTA DE OLIVEIRA, JAMILLE SARATY MALVEIRA.....		493
13.1	Introdução.....	493
13.2	A regulamentação da guarda compartilhada: uma abordagem da Lei nº 13.058/2014.....	494

13.2.2	Crítérios norteadores para a aplicação da Lei nº 13.058/2014 .....	498
13.3	A guarda compartilhada e o mito de que o cuidado materno ainda é o ideal .....	499
13.4	Análise da aplicação da Lei nº 13.058/2014 no Fórum Cível de Belém: melhor interesse da criança ou dos genitores? .....	499
13.4.1	Aspectos práticos identificados nas entrevistas com os magistrados e nas decisões de concessão da guarda compartilhada .....	500
13.4.2	Resultado das entrevistas x prática forense .....	502
13.5	Considerações finais .....	506

## CAPÍTULO 14

### TEMPOS DE CRISE: CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A EXTINÇÃO DO COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEIS

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE.....		509
	Introdução.....	509
14.1	Das formas de extinção do contrato e suas consequências.....	510
14.1.1	Resilição unilateral.....	511
14.1.2	Distrato.....	512
14.1.3	Resolução contratual.....	513
a)	Resolução sem culpa das partes (ou inexecução involuntária).....	513
b)	Resolução por culpa das partes.....	514
c)	Resolução por onerosidade excessiva.....	515
14.1.4	Rescisão.....	516
14.2	Da extinção dos compromissos de venda e compra de imóveis: controvérsias atuais e a jurisprudência.....	516
14.2.1	Da resilição unilateral do compromisso de venda e compra.....	516
14.2.2	Resolução dos compromissos de venda e compra.....	519
14.2.2.1	Resolução proposta pelo adquirente.....	519
14.2.2.2	Resolução contratual proposta pelo incorporador.....	520
14.2.3	Distrato dos instrumentos de venda e compra.....	522
14.3	Tentativas e propostas de resolução de conflitos decorrentes da extinção dos contratos de venda e compra.....	522
14.3.1	O Pacto para o Aperfeiçoamento das Relações Negociais entre Incorporadores e Consumidores.....	522
14.3.2	Projeto de Lei nº 1.220/2015.....	524
14.3.3	Projeto de Lei nº 774/2015.....	526
	Conclusão.....	527

## **CAPÍTULO 15**

### **ENTRE O POSITIVISMO FORTE E O PRAGMATISMO: UM EXAME DA INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ÚLTIMO TRIÊNIO**

<b>DANIEL SILVA FAMPA</b> .....	529
15.1 Notas introdutórias .....	529
15.2 O estado atual da responsabilidade civil objetiva pelo risco no Brasil .....	530
15.3 A relevância da análise econômica para a estruturação de um modelo objetivo de imputação do dever de reparar .....	534
15.3.1 Os modelos de juiz na doutrina de Richard Posner .....	539
15.4 Principais pontos das decisões do STJ sobre a matéria no último triênio .....	540
15.5 Considerações finais .....	544

## **CAPÍTULO 16**

### **DA DOGMÁTICA À EFETIVIDADE: REVISITANDO A TEORIA DA NULIDADE SOB VIÉS FINALISTA DE CONTROLE DE PROTEÇÃO**

<b>DANIELA CORRÊA JACQUES BRAUNER</b> .....	545
Introdução .....	545
16.1 A análise dogmática a respeito dos planos da existência, validade e eficácia .....	547
16.2 Crise do dogma da vontade e sua repercussão na teoria das nulidades: um novo olhar a partir da jurisprudência .....	552
Considerações finais .....	558

## **CAPÍTULO 17**

### **O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE: UMA CRÍTICA PARA ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

<b>DÉBORA ELISA LIMA RIBEIRO</b> .....	559
17.1 Introdução .....	559
17.2 O direito real de habitação .....	559
17.3 O direito real de habitação do cônjuge no direito brasileiro atual .....	561
17.4 O direito real de habitação do cônjuge supérstite no direito argentino .....	563
17.5 Análise comparada dos institutos de direitos reais de habitação brasileiro e argentino .....	566
17.6 Conclusão .....	566

## **CAPÍTULO 18**

### **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO DE SUPERFÍCIE NA SUA VINCULAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL NO BRASIL**

<b>HORÁCIO MONTESCHIO</b> .....	569
18.1 Aspectos históricos .....	569
18.2 Componente teórico-filosófico da propriedade liberal .....	571
18.3 A propriedade no liberalismo no ponto de vista da sua positivação .....	572
18.3.1 A propriedade codificada .....	573
18.3.2 A propriedade na mutação do Estado Liberal para Social .....	574
18.3.3 A construção da propriedade social .....	574
18.4 Propriedade na Constituição de 1988 .....	576
18.5 Função social da propriedade .....	578
18.6 Direito de superfície no Código Civil brasileiro .....	578
18.6.1 Desenvolvimento industrial e direito de superfície .....	580
18.6.2 Função social da propriedade, da empresa e do sistema financeiro .....	582
18.6.3 Concessão de crédito tendo como garantia o direito de superfície .....	583
Conclusão .....	585

## **CAPÍTULO 19**

### **CONTRATOS RELACIONAIS, BOA-FÉ OBJETIVA E TUTELA DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.356.725**

<b>LARISSA DE LIMA VARGAS SOUZA</b> .....	587
19.1 Introdução .....	587
19.2 O caso julgado pelo Recurso Especial nº 1.356.725-RS .....	588
19.3 A boa-fé objetiva e a proteção da confiança .....	589
19.4 Os contratos cativos de longa duração e o paradigma da essencialidade .....	593
19.5 Tutela das legítimas expectativas dos contratantes .....	595
19.6 Conclusão .....	597

## **CAPÍTULO 20**

### **INFORMAÇÃO PESSOAL COMO MERCADORIA E O PAPEL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: O CONFLITO ENTRE FILTROS DE CONTEÚDO E O DIREITO DE SER INFORMADO**

<b>BRUNO MARTINS MOUTINHO</b> .....	599
Introdução .....	599
.....	601

20.1.1	Direito de informar.....	603
20.1.2	Direito de ser informado.....	606
20.2	Modelo de negócios da internet e os filtros de conteúdo .....	608
20.3	Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	610
20.3.1	O papel da função social da empresa .....	612
	Considerações finais.....	614

## CAPÍTULO 21

### REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS *PUNITIVE DAMAGES*: CRITÉRIOS À APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL, ALEXANDRE PEREIRA BONNA.....		617
21.1	Introdução e apresentação da temática .....	617
21.2	Desenvolvimento dos <i>punitive damages</i> na experiência jurídica dos EUA: requisitos objetivos e subjetivos .....	620
21.2.1	Bases do desenvolvimento dos <i>punitive damages</i> : o papel do júri e a regra do <i>stare decisis</i> .....	620
21.2.2	Requisitos objetivos e subjetivos dos <i>punitive damages</i> a partir do papel do júri e da doutrina.....	624
21.2.3	Requisitos objetivos e subjetivos dos <i>punitive damages</i> a partir da interpretação dos limites constitucionais e pressupostos dos <i>punitive damages</i> pela Suprema Corte americana .....	628
21.2.4	Resumo dos requisitos objetivos e subjetivos dos <i>punitive damages</i> : parâmetros orientadores.....	630
21.3	Aplicação dos <i>punitive damages</i> na prática jurídica brasileira .....	631
21.4	Considerações finais .....	632

## PARTE III

### CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – I PRÊMIO CLÓVIS BEVILÁQUA

#### CATEGORIA GRADUAÇÃO

## CAPÍTULO 1

### A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALEXANDRE DE SERPA PINTO FAIRBANKS, LUISA LEMOS FERREIRA .....		635
	Introdução: direitos fundamentais e relações privadas .....	635
1.1	Propriedade e função social .....	637

1.3	A função social dos direitos autorais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	643
1.3.1	Recurso Especial nº 964.404 – ES .....	643
1.3.2	Recurso Especial nº 1.371.835 – SP .....	645
1.3.3	Recurso Especial nº 1.320.007 – SE .....	646
1.3.4	Agravo em Recurso Especial nº 270.923 – SP.....	647
1.3.5	Recurso Especial nº 1.343.961 – RJ .....	648
1.3.6	Agravo em Recurso Especial nº 818.567 – SP.....	649
	Considerações finais.....	650

## CAPÍTULO 2

### CORPOS INOMINADOS NAS MARGENS DA REALIDADE: UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR SOBRE O DIREITO AO NOME DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

GUSTAVO BORGES MARIANO, JOÃO DA CRUZ GONÇALVES NETO .....	653
2.1 Transfobia.....	653
2.2 Caminhos percorridos .....	654
2.3 Identidades e o sistema heteronormativo .....	656
2.4 Direitos e a dignidade da pessoa humana de travestis e transexuais.....	663
2.5 Análise de jurisprudência .....	669
2.6 Considerações finais.....	672

## CAPÍTULO 3

### O DIÁLOGO ENTRE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: PAVIMENTANDO O CAMINHO DA EFETIVIDADE

VYNICIUS PEREIRA GUIMARÃES .....		675
3.1	Introdução: um caminho a ser pavimentado .....	675
3.2	Jurisprudência: para além do dizer a lei .....	678
3.3	Doutrina: para além das teclas do piano.....	682
3.4	Do viúvo ao solteiro: o caminho hermenêutico da tutela do bem de família pelo Superior Tribunal de Justiça .....	686
3.5	À guisa de conclusão .....	688

## CAPÍTULO 4

### VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO, BOA-FÉ E EXTINÇÃO CONTRATUAL

GABRIELA HELENA MESQUITA DE OLIVEIRA CAMPOS,

4.1	Cláusulas gerais .....	693
4.2	Boa-fé .....	695
4.2.1	Boa-fé objetiva e suas funções .....	696
4.3	A vedação ao comportamento contraditório ( <i>venire contra factum proprium</i> ) .....	697
4.4	Extinção dos contratos .....	700
4.5	A aplicação da vedação ao comportamento contraditório na extinção dos contratos: uma análise jurisprudencial .....	701
	Considerações finais .....	704

## CAPÍTULO 5

### ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO: O PROTAGONISMO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, ABRAÃO BEZERRA DE ARAÚJO .....	707
Introdução: a família democrática e o princípio da solidariedade .....	707
5.1 Relação conjugal e convivencial: comunhão plena de vida orientada pela solidariedade, boa-fé e simetria patrimonial .....	709
5.1.1 A deliberação da vida cotidiana e financeira entre os cônjuges ou companheiros .....	710
5.2 Alimentos compensatórios como uma solução possível – Construção doutrinária e jurisprudencial .....	713
5.2.1 Os alimentos compensatórios na legislação argentina e francesa .....	715
5.3 Alimentos compensatórios na jurisprudência brasileira .....	716
Conclusão .....	720

## CAPÍTULO 6

### ANÁLISE DA INCIDÊNCIA E ALCANCE DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE DIREITO AUTORA E DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

CAMILA LIDIZIA DE CARVALHO, MARIANNA MANCINI MALAFAIA .....	721
Introdução .....	721
6.1 Cláusulas gerais .....	722
6.2 Boa-fé .....	724
6.3 Boa-fé nos contratos de direitos autorais .....	727
6.4 Boa-fé nos contratos de promessa de compra e venda .....	730
Conclusão .....	734

## CAPÍTULO 7

### DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO PELO STJ E PELO TJ/RJ JOÃO MANOEL ANDRADE MACIEL DA SILVA CAMPOS GALDI .....

7.1 Introdução .....	735
7.2 Em busca de uma definição – Respaldo jusfilosófico .....	737
7.3 Decisões do TJ/RJ .....	740
7.3.1 Decisões quanto à temática .....	740
7.3.2 Decisões quanto ao desenvolvimento do princípio .....	743
7.4 Decisões do STJ .....	744
7.4.1 Temática no STJ .....	744
7.4.2 Desenvolvimento do princípio no STJ .....	746
7.5 Considerações finais .....	747

## CAPÍTULO 8

### O CONTRASSENDO CONSTITUCIONAL DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: A VEDAÇÃO DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS PERANTE A EVOLUÇÃO GRADATIVA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

ROMILDO ROMPAVA .....	751
8.1 Introdução .....	751
8.2 Definição de usucapião, bens públicos e função social .....	752
8.3 A vedação legal: conflito entre princípios e realidade .....	755
8.4 Descaracterização de afronta constitucional .....	756
8.5 Uma nova visão doutrinária e jurisprudencial .....	757
8.6 Conclusão .....	762

## CAPÍTULO 9

### A FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE: UMA ANÁLISE DAS NOVAS TENDÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

BRUNA VILANOVA MACHADO, RENAN SOARES CORTAZIO .....	765
9.1 Introdução .....	765
9.2 A missão de harmonização social: a importância da responsabilidade no ordenamento jurídico .....	766
9.3 Os pilares da responsabilidade civil: o dano, a culpa e o nexo de causalidade .....	770
9.3.1 O terceiro elemento da responsabilidade civil: o nexo de causalidade .....	770
9.3.1.1 A função específica do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil .....	772
9.4 Tendências recentes: o novo olhar sobre a responsabilidade civil em relação à constitucionalização do direito .....	773
9.5 Considerações finais .....	778

continua e exacerbada das redes sociais por jovens, também foram apresentadas algumas sugestões voltadas para as próprias comunidades virtuais. Essas recomendações visam à promoção de aspectos positivos do uso das redes sociais por crianças e adolescentes e à redução de seus aspectos negativos. Assim, recomenda-se que as redes sociais instituem mensagens estilo *pop-up* com aviso do tempo de uso pelos usuários e de manipulação das imagens exibidas em rede (por meio de programas como Photoshop); como também mensagens discretas de apoio a usuários que tenham algum indicativo de sofrimento de problemas de saúde mental, agravados pelo acesso constante ao conteúdo digital.<sup>60</sup>

Tais recomendações, ainda que sem eficácia normativa, possuem relevante eficácia social e vão ao encontro de uma disciplina jurídica voltada para a pessoa humana, concretamente considerada em suas condições materiais, e não o sujeito de direito unitário e abstrato apartado da realidade. Sem dúvida, e enfatize-se uma vez mais, o ordenamento jurídico, por meio da cláusula geral de tutela da pessoa humana, traduzida no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, exerce função promocional e deve abarcar medidas voltadas a promover o livre desenvolvimento da pessoa.

O princípio da dignidade humana atua para impedir o discurso acritico de liberdade na rede, identificado com a defesa da ausência de qualquer regra de uso e que permite o crescimento incontrolado da lógica de mercado sobre toda a dinâmica da internet. Diversamente, além da adoção de disciplina legislativa específica no futuro, as normas de autorregulamentação também devem ser valorizadas, e sua integração no ordenamento jurídico estimulada, como instrumentos aptos a favorecer soluções eficazes socialmente, e que podem ser experimentadas como ponto de partida para posteriores e eventuais intervenções legislativas.<sup>61</sup>

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Vulnerabilidade existencial na internet. In: TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDICVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 51-64. ISBN 978-85-450-0319-9.

<sup>60</sup> Estudo da Royal Society for Public Health do Reino Unido (RSPH), acessível em SOCIAL media and young people's mental health and wellbeing, *Royal Society for Public Health*. Disponível em: <<https://www.rspg.org.uk/our-work/policy-social-media-and-young-people-s-mental-health-and-wellbeing.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

<sup>61</sup> RODOTA, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 153.

## O DIREITO AO ESQUECIMENTO DA PESSOA TRANSEXUAL

THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO

VITOR ALMEIDA

### Notas introdutórias

Na sociedade contemporânea, acentua-se a possibilidade de a pessoa se reinventar de acordo com seu projeto de vida boa.<sup>1</sup> No passado, os desígnios da vida pareciam atar o sujeito a um imobilismo social e a determinados padrões morais que o atrelavam a uma vida desenhada antes de seu nascimento e que arrefecia seus desejos e interesses diante de uma sociedade que se esforçava para ser homogênea. A pluralidade, estampada na Constituição brasileira de 1988, reforça, em terreno jurídico, a mudança dessa concepção no meio social, no qual a busca pela felicidade e autorrealização existencial são pilares da liberdade e da dignidade albergada no texto constitucional.

Uma vida de reinícios<sup>2</sup> pressupõe o controle temporal dos dados pretéritos, de forma a permitir que a pessoa não seja perseguida eternamente pelas pegadas do

<sup>1</sup> Ronald Dworkin compreende que viver bem "não pode significar simplesmente tudo o que alguém de fato quer: ter uma vida boa é uma questão de nossos interesses vistos criticamente – os interesses que deveríamos ter. É uma questão de julgamento e conflito determinar o que seja uma vida boa. Mas é plausível supor que ser moral é o melhor modo de fazer a vida de alguém uma vida boa? Isso é amplamente implausível se mantivermos as concepções populares do que a moralidade requer e do que torna uma vida boa. A moralidade pode requerer que alguém deve passar um emprego em publicidade de cigarros que o salvaria da pobreza. Na visão da maioria das pessoas ele levaria uma vida melhor se ficasse com o emprego e prosperasse. [...] Mas se nós mesmos somos forçados a pensar que viver bem algumas vezes significa escolher o que pode ser uma vida pior, devemos reconhecer a possibilidade que ela pode ser. Viver bem não é o mesmo que aumentar a chance de produzir a melhor vida possível" (DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? Tradução de Emilio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, jul./dez. 2011, p. 611/615).

<sup>2</sup> Segundo Zygmund Bauman: "A 'vida líquida' é uma forma de vida que tende a ser levada à frente numa sociedade líquido moderna. 'Líquido-moderna' é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus



passado, salvo para fins juridicamente justificáveis. Em outros termos, a evolução pessoal, às vezes, depende do esquecimento social, de maneira a impulsionar o indivíduo a rastrear seus próprios desígnios e revelar que a dinâmica social hodierna impõe que a identidade pessoal seja moldada a partir do tempo presente no qual nos encontramos amalgamados.

Não é de se duvidar que a discussão a respeito do chamado direito ao esquecimento tem protagonizado boa parte da agenda das novas dimensões dos direitos da personalidade, eis que tencionam os direitos à vida privada e à identidade pessoal, de um lado, e o direito à informação e liberdade de manifestação, de outro. Distinguir os fatos pretéritos que, a rigor, importam à coletividade – como aqueles de caráter histórico – dos fatos relevantes somente para a própria pessoa nem sempre é uma tarefa simples, eis que na vida de relações os momentos são construções sociais compartilhadas.

O grau de interesse e o elemento justificador do interesse na vida alheia constituem, nesse passo, importantes critérios para a aferição e seleção dos dados que precisam ser esquecidos, ou melhor, cujo acesso por terceiros precisa ser controlado, daqueles fatos que são essenciais para a história de uma sociedade. O “direito ao esquecimento” representa, desse modo, uma alegoria, uma vez que não se trata de esquecer o passado, como se fosse possível apagar memórias da mente humana, mas de controlar o acesso e a divulgação, sobretudo, de dados sensíveis, de maneira que a incessante busca pela realização existencial de cada pessoa se dê sem as correntes de um passado que pode se tornar estigmatizante e discriminatório.

Nesse cenário, a pessoa transexual é um exemplo paradigmático de como para a afirmação da identidade de gênero se torna indispensável, não raras vezes, a ocultação do sexo biológico. O forte preconceito social impede que os transexuais possam livremente viver sua identidade de gênero, na medida em que diversos são os obstáculos colocados para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, aviltando, assim, sua própria dignidade. Ao tratar do debate público no Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento, Anderson Schreiber já alertara que o transexual que “constantemente apresentado à sociedade como pessoa que nasceu homem e se tornou mulher, ou vice-versa, jamais alcançará a plena realização da sua legítima opção de mudar de sexo. Haverá, aí e em tantas situações semelhantes, um direito ao esquecimento?”<sup>3</sup>

As dificuldades de afirmação da identidade de gênero após o processo transexualizador ou a cirurgia de transexualização são evidentes. Um caso revelado pela mídia exemplifica bem essa questão. A jovem era usuária de uma rede social de fotografias – denominada Fotolog – na qual publicou diversas imagens, em 2006, com a aparência que tinha antes de iniciar o processo de transição para o gênero masculino. Anos mais tarde, o agora homem se viu na delicada situação de ter essas imagens distribuídas, inclusive para parentes de sua atual namorada, que desconheciam seu passado.

O problema é que a mencionada rede social impede que seus antigos usuários apaguem suas fotos, causando-lhes constrangimentos, mesmo aqueles que já tentaram remover, mas sem sucesso.<sup>4</sup> Esse é somente um exemplo de como o passado pode atuar de forma discriminatória e impedir a livre construção das individualidades.

O direito ao esquecimento é, conforme já dito, uma alegoria importante para se desnudar a importância do direito à autodeterminação existencial, contemplado pela cláusula geral amparada nos arts. 5º, X, da Constituição e 21 do Código Civil. O controle das informações pretéritas é fundamental em alguns casos para que a pessoa possa de forma livre e plena desenvolver sua personalidade, especialmente nas situações em que o passado funciona como âncora na qual o estigma e a discriminação avultam, impedindo o cidadão de ser quem realmente o é. Não se trata de admitir representações teatrais de um sujeito fictício, mas de proteger a realidade concreta da pessoa que sempre se compreendeu como do gênero oposto, mas que por questões biológicas e obstáculos sociais foi impedida.

Nessa perspectiva, é importante refletir sobre a atuação do direito na proteção efetiva da pessoa transexual, concretizando os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade substancial e não discriminatória, todos imantados pelo valor-guia da dignidade humana. Indispensável, portanto, compreender que o “esquecimento” é fundamental para a promoção da dignidade das pessoas transexuais,<sup>5</sup> por meio de mecanismos que permitam o reconhecimento jurídico de sua identidade de gênero (tutela positiva) como a possibilidade de realização da cirurgia de transgenitalização e a mudança de nome e de gênero no registro civil, mesmo sem a prévia realização da cirurgia, ou através de interpretações que não ensejem na sanção em razão de sua história (tutela negativa), que é bom exemplo o equivocado entendimento a favor da anulação do casamento por erro sobre pessoa em razão da ocultação da transexualidade, o que contraria os valores de promoção integral da pessoa concreta impostos pelo ordenamento.

O presente texto objetiva investigar o direito ao esquecimento do transexual, a partir de decisões dos tribunais superiores, como salvaguarda não do mero apagar do passado, mas da promoção da verdadeira identidade pessoal, o que tem se revelado nas decisões sobre a mudança do nome e do gênero no registro civil, bem como na questão da autonomia corporal em face da cirurgia de transgenitalização e na situação que se apresenta, ainda não judicializada no Brasil, de eventual alegação de erro sobre pessoa no casamento em que um dos cônjuges não tenha revelado sua transexualidade antes da sua celebração.

<sup>3</sup> “Morador de uma capital nordestina, o jovem é transexual e aparece nas imagens, publicadas na internet, com a aparência que tinha antes de iniciar seu processo de transição para o gênero masculino – ou seja, ainda como uma menina. E foi assim, dessa maneira nada sutil, que seu sogro soube de sua condição. Desde então, Fernando tenta remover essas imagens e evitar que voltem a ser usadas para constrangê-lo. O problema é que elas estão postadas em um perfil que ele criou em 2006 no Fotolog, rede social febre na década passada que, praticamente abandonada, hoje impede seus usuários de acessarem e apagarem suas postagens. ‘Qualquer pessoa que saiba meu nome de registro pode chegar a essas fotos’, disse Fernando à BBC Brasil. Seu caso não é único: na internet, pipocam relatos semelhantes” (BRITO, Adriano. Brasileiros lutam para apagar passado no Fotolog, ancestral do remocao. *BBC Brasil*, 22 abr. 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150120\\_remocao\\_fotolog\\_abo](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150120_remocao_fotolog_abo)>. Acesso em: 7 jul. 2017).

<sup>4</sup> Esse é o sentido do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (Disponível em: <<http://www.cj.fus.br/cj/CEJ/Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016).

membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. [...] A vida líquida, assim como a sociedade líquida-moderna, não pode manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo. [...] Em suma: a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. [...] é uma sucessão de reinícios” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 7-8).

<sup>5</sup> SCHREIBER, Anderson. Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. *Conjur*, 12 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossa-leis-nao-admitem-propriedades-passado>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

#### 4.1 A expansão da privacidade: a autodeterminação informativa e o direito ao esquecimento (ou ao controle de informações pessoais préterítas)

Contemporaneamente, a privacidade não mais se expressa sob as tarjas individualistas com as quais se consagrou na construção jurídica burguesa, com vistas à individualização do indivíduo em sociedade. No campo do direito civil existencial, a tutela da privacidade está em franca expansão, figurando no centro dos principais dilemas jurídicos contemporâneos que envolvem a proteção da esfera privada como espaço efetivo de liberdade, destinado ao livre desenvolvimento pessoal nos moldes da dignidade da pessoa humana e de seus desdobramentos, representando muito mais do que o clássico *right to be alone*.<sup>6</sup>

A incontestável vocação que o direito à privacidade assume no ordenamento jurídico brasileiro para tutelar as liberdades existenciais na medida da pessoa humana<sup>7</sup> é frequentemente questionada, especialmente diante da complexidade da atual sociedade de informação e de seu hiperfluxo de dados. A tutela da privacidade, que sofreu profundas e contínuas alterações desde que abandonou a sua tradicional roupagem de “direito dos egoísmos privados”,<sup>8</sup> encontrou novos e importantes desafios decorrentes do aumento do fluxo e dos mecanismos de armazenamento e circulação de dados pessoais, em especial os denominados dados sensíveis.

São denominados dados sensíveis aqueles de natureza existencial, que dizem respeito à essência da personalidade de uma pessoa. Essa espécie de dado demanda tutela reforçada, carecendo de maior rigor no controle da coleta e da circulação, tendo em vista que se referem a informações relacionadas a aspectos íntimos da pessoa humana, como são os dados que refletem aspectos de saúde, convicção política, religião e temas conexos.<sup>9</sup> Se os dados de natureza patrimonial, como aqueles que dizem respeito ao sigilo bancário e fiscal, recebem adequada proteção por parte dos tribunais brasileiros, o mesmo não se pode dizer sobre a proteção que se reserva para dados de natureza sensível, havendo um longo caminho a percorrer para que o Brasil se aproxime de experiências estrangeiras bem-sucedidas no cuidado e manipulação de informações sensíveis.<sup>10</sup>

Especialmente nesse contexto, em que os dados que circulam revelam a essência da personalidade, a privacidade se expande e alcança a noção de autodeterminação informativa, pela qual a tutela da privacidade demanda a “[...] a possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim, a privacidade pode ser definida mais precisamente como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”, como prescreve Stefano Rodotà.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> O “direito a estar só ou direito a ser deixado só” aparece como centro da definição da *privacy* consagrada por Warren e Brandeis em 1890 e amplamente difundida a ponto de ser adotada expressamente pela Suprema Corte Americana (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. IV, n. 5, dez. 1890).

<sup>7</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetividade ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 388.

<sup>8</sup> DONEDA, Darullo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 153-154.

<sup>10</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 153-154.

<sup>11</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16.

A privacidade como controle informacional implica a ingerência da pessoa sobre todas as etapas de circulação do dado pessoal, desde a coleta até o armazenamento e o descarte desses dados. Isso significa, por seu turno, a necessidade de controlar as informações para delimitar quais serão os dados de acesso livre, quais serão os dados de acesso social restrito e quais serão os dados que não poderão ser acessados, seja pela natureza da informação ou pelo tempo em que foi produzida. Há ainda que se investigar a presença de dados sobre os quais nem mesmo o próprio titular deve ter acesso caso não haja consentido com a sua coleta. Todas essas situações podem ser traduzidas nos recentes direito de não saber algo sobre si mesmo e direito ao esquecimento – ou melhor, o direito de controlar as informações pessoais préterítas.

A complexidade da tutela da autodeterminação informativa se intensificou com a criação dessas novas categorias jurídicas, ampliando e tornando ainda mais dramática a tarefa de delimitar o conteúdo do direito à privacidade. Sobre a autonomia desses novos institutos, parece acertado afirmar que tanto o direito de não saber algo sobre si mesmo quanto o direito de realizar o controle de informações pessoais préterítas configuram desdobramentos do direito à privacidade, e não propriamente *novos direitos* dotados de autonomia no ordenamento brasileiro. A esse respeito é preciso que se diga, ainda, que o caráter derivado desses direitos não se deve à ausência de previsão legislativa expressa, dado que não se credita ao Código Civil esgotar as hipóteses de atributos tuteláveis em seus parcos onze artigos destinados à proteção da pessoa em seus aspectos existenciais. De fato, o rol dos direitos da personalidade, cuja prescrição se encontra nos arts. 11 a 21, é meramente exemplificativo, especialmente porque “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados nos seus interesses e naqueles de outras pessoas”.<sup>12</sup>

Cuida-se, com efeito, de considerá-los como novas dimensões do direito à privacidade, vez que partilham a mesma *ratio* e decorrem de atualizações hermenêuticas que aproximam a tutela da privacidade prevista pelo constituinte de 1988 e pelo legislador de 2002 das transformações sofridas pela sociedade atual. Diante das demandas de proteção pessoal que surgem do hiperfluxo de dados, é justamente o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial desses novos aspectos a serem tutelados que oxigena o sentido da norma jurídica e a mantêm conectada com as diretrizes constitucionais de proteção do projeto do livre desenvolvimento da personalidade. Mas ainda que não se possa negar a relevância científica desse debate, é preciso advertir que a tutela concreta da pessoa e de sua privacidade não sofre qualquer abalo ou limitação quer se adote uma ou outra concepção sobre as dimensões jurídicas antes não protegidas juridicamente.

Para além das questões conceituais sobre a autonomia do instituto, o reconhecimento da tutela do direito ao esquecimento remonta a importantes questionamentos acerca da legitimidade democrática de controlar o tempo das informações e do acesso a elas, o que demanda, frequentemente, imposição de limites à liberdade de expressão, sobretudo quando se trata de dado que reflete informação verdadeira e que foi amplamente divulgado pelos veículos de imprensa.<sup>13</sup> Assim é que o debate sobre o direito ao esquecimento

<sup>12</sup> PERLINGIERI, Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 764.

<sup>13</sup> Sobre o uso de imagem de arquivo na mídia, permitia-se remeter a ALMEIDA, Vítor. A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson (Org.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158-183.

foi inaugurado<sup>14</sup> no Superior Tribunal de Justiça a partir dos célebres casos *Aída Curi* e *Chacina da Candelária*. Em ambas as situações, debate-se sobre a “possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens”<sup>15</sup>.

No caso *Aída Curi*,<sup>16</sup> seus irmãos Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Curi e Maurício Curi ajuizaram ação objetivando reparação de danos materiais e morais decorrentes de ato praticado pela TV Globo por ocasião da veiculação do programa televisivo *Linha Direta*, retratando os episódios relativos à morte de Aída Curi, vítima de terrível homicídio em 1958. Enquanto para o pedido de dano moral o fundamento foi reviver dores e feridas do passado, para o dano material o argumento foi de utilização da imagem para fim comercial ou lucrativo. O STJ não reconheceu o direito à indenização, e o acórdão do Ministro Relator Luis Felipe Salomão assentou que, naquela situação, os fatos eram verídicos e revelavam notícia histórica de repercussão nacional, conferindo, no caso concreto, maior peso à liberdade de imprensa e não à proteção da privacidade e de seus desdobramentos sobre a imagem e a honra.

No caso que ficou conhecido como *Chacina da Candelária*, o autor da demanda, JGM, ingressou com ação indenizatória em face da TV Globo, pleiteando o reconhecimento de que a notícia de seu indiciamento como coautor dos crimes, feita pelo programa televisivo *Linha Direta* Justiça, treze anos após o evento original, acarretou a violação de seu direito ao esquecimento. O autor alegou que, ainda que tenha havido expressa informação de sua absolvição, a veiculação do programa em rede nacional gerou intenso abalo emocional. No Superior Tribunal de Justiça, reconheceu-se o pleito indenizatório, conferindo maior peso à privacidade e ao direito ao esquecimento na ponderação com a liberdade de expressão, tendo como base o fato de que as informações, apesar de verídicas, não eram contemporâneas e sua veiculação tanto tempo após o evento causavam variados transtornos ao autor da demanda, assentando o direito ao esquecimento como um “direito à esperança em absoluta sintonia com a presunção legal de regenerabilidade da pessoa humana”<sup>17</sup>.

Especificamente sobre a transexualidade, é preciso ressaltar que do processo de redesignação sexual decorrem importantes alterações referentes ao *status* da pessoa, notadamente aos dados registrares pertinentes ao nome e ao sexo. A nova configuração pessoal suscita um novo modelo de reconhecimento social após o processo de transgenitalização, que poderá ser hormonal, cirúrgico ou somente comportamental. As principais questões que envolvem o tema dizem respeito à possibilidade de terceiros

terem o direito de saber sobre o passado biológico da pessoa transexual, de modo que surgiria o dever jurídico correlato de informar sobre a trajetória de transformação de gênero. A preocupação de informar terceiros seria, para aqueles que defendem esse argumento, necessária para assegurar a validade do consentimento nos casos de formação de vínculo familiar. Trata-se, como se evidenciara posteriormente, de argumento que não se sustenta diante da liberdade afetiva que todos possuem e da possibilidade de construir e reconstruir a experiência subjetiva sem com isso se tornar devedor de informações sobre o passado que se deseja superar.

Desse modo, o debate acerca do direito ao esquecimento da pessoa transexual envolve a noção de acesso social a dados sensíveis e as dificuldades para estabelecer quais e se haveria limites a esse acesso. Em termos registrares, o problema sobre acesso social se revelou na alternativa de se permitir a retificação do registro civil ou a mera averbação após a redesignação da pessoa transexual, o que gerou fortes embates nos tribunais brasileiros. Para além desses procedimentos sobre os dados sexuais e nominais, a alteração de gênero também representa hipótese problemática quando se trata da possibilidade de anulação do casamento pelo vício do consentimento denominado erro essencial sobre a pessoa. Todas essas situações serão analisadas adiante, de modo que fique evidenciada a proteção do direito ao esquecimento em cada uma das hipóteses problemáticas.

## 4.2 Autonomia corporal e pessoa transexual

A teoria civilista tradicional não reservava nenhum espaço para considerações acerca da integridade psicofísica e da liberdade que a pessoa possui para dispor sobre o seu próprio corpo ou partes dele. Durante o primado do sujeito abstrato patrimonial, o corpo foi absolutamente negligenciado como dimensão da personalidade, assim como, aliás, foram ignorados todos os demais aspectos relativos à pessoa e suas necessidades existenciais. Essa realidade foi profundamente alterada pelo movimento de repersonalização do direito civil, que tem na pessoa o núcleo central de todas as preocupações do direito,<sup>18</sup> em decorrência da consagração da dignidade humana como paradigma jurídico, a orientar também as relações no âmbito privado.<sup>19</sup>

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002,<sup>20</sup> o corpo era protegido contra as investidas lesivas de terceiros, não havendo previsão legislativa sobre os limites e alcance da liberdade sobre o próprio corpo, ou seja, sem qualquer intervenção externa. A autonomia corporal, entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa com relação ao seu próprio corpo, é espécie do gênero autonomia existencial ou

<sup>14</sup> No cenário jurídico internacional, caso de grande repercussão sobre o direito ao esquecimento ficou conhecido como caso *Lebach*, que chegou ao Tribunal Constitucional alemão e versava sobre assassinato de soldados de Lebach e o direito ao esquecimento do reclamante que havia auxiliado no crime. Mais especificamente, o Tribunal decidiu liminarmente que uma rede de televisão alemã não poderia transmitir programa referindo o crime, cometido em 1969, tendo em vista que o reclamante já havia cumprido a pena, fazendo jus à proteção dos dados pretéritos. Cf. SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Orgs.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Heruigi. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: <<http://bibliojuridicas.unam.mx/libros/5/2241/16.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>15</sup> STJ, RESp nº 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.5.2013.

<sup>16</sup> BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados e direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica-com-a-2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

<sup>17</sup> STJ, REsp nº 1.334.097/RJ, Rel. Min. Felipe Salomão, j. 28.5.2013.

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 107-119, 2008, p. 108.

<sup>19</sup> Sobre a dignidade humana como cláusula geral de tutela da personalidade, a superar as insuficiências do modelo estrutural dos direitos da personalidade, ver: TEPELINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPELINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

<sup>20</sup> Ainda que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 199, §4º tenha expressamente previsto restrições à autonomia corporal, não há, no contexto constitucional, uma preocupação de ordem pessoal, de modo que a perspectiva de saúde ali representada se volta para diretrizes solidaristas sobre a saúde, não se tratando de limites de autonomia privada.

extrapatrimonial<sup>21</sup> e pode resultar na disposição do corpo e de partes dele em vida ou para depois da morte. Com efeito, esse tipo de autonomia, baseada na noção de que corpo e mente são elementos indissociáveis do ser, está no centro de importantes controvérsias acerca dos limites e do alcance da liberdade que, muitas vezes, não se encerra na esfera jurídica do seu titular, como se verá adiante.

Sobre a disposição do próprio corpo para depois da morte, muitos esforços investigativos já foram dedicados ao tema da realização de transplante de órgãos e de doação do corpo ou de partes dele para fins científicos, que somente representa verdadeira problema jurídico quando há contradição entre a vontade externada pelo *de cujus* em vida e a manifestação da família, já que a solução legal para esses casos está em franco desacordo com as diretrizes que priorizam a pessoa e sua autonomia, privilegiando a vontade dos membros da família em caso de conflito.<sup>22</sup> Situações mais dramáticas são encontradas quando a tecnologia permite que o corpo e suas partes continuem circulando no trânsito jurídico mesmo depois da morte da pessoa, de modo que a tutela jurídica do corpo *post mortem* apresenta problemas jurídicos jamais pensados pelo legislador e que não encontram soluções positivadas no ordenamento pátrio.

Bom exemplo da dimensão do problema a ser enfrentado para tutelar o corpo e suas partes depois da morte ocorreu em 2016, quando Tina Gorjanc, estudante da escola de moda inglesa Central Saint Martins, surpreendeu o mundo da moda ao apresentar jaquetas e bolsas feitas em couro 100% humano, confeccionadas a partir do DNA do renomado estilista Alexander MacQueen.<sup>23</sup> Com essa coleção, denominada *Pure Human*, a estudante pretendia uma dura crítica à falta de proteção jurídica da informação genética. As peças são feitas em couro sintético, elaborado a partir do DNA e com textura que imita a pele do falecido estilista. Para coletar o material biológico do estilista, a estudante conseguiu fios de cabelo de MacQueen contidos em antigas etiquetas da sua primeira coleção – inspirada em Jack, o estrapalho –, que o consagrou quando ainda era estudante da mesma escola de moda. Com o DNA, um laboratório de genética desenvolveu o tecido humano. O procedimento para a confecção não é simples, mas já está disponível e ao alcance do público em laboratórios especializados.<sup>24</sup> O primeiro passo é a extração da informação genética humana de algum material disponível e, em seguida, a sua inserção em um enxerto de pele. Quando este enxerto cresce, forma-se um tecido que reproduz

as características da pele humana correspondente ao DNA nele inserido. Daí porque as bolsas feitas pela estudante reproduzem, inclusive, a textura da pele do estilista.

O que poderia parecer mera especulação sobre o futuro, enredo de obras de ficção científica, se tornou realidade em 2016. É possível que pessoas circulem nas ruas utilizando produtos que contêm a informação genética de alguém que, quando vivo, era identificado a partir do seu DNA. Como consequência desse raciocínio, pessoas podem usar livremente bolsas e jaquetas feitas a partir do seu corpo, sem a sua autorização para isso. Essa constatação cria um inevitável desconforto de ordem moral, mas o mal-estar maior se coloca diante da insuficiência da tutela jurídica que o corpo recebe contemporaneamente diante das inúmeras possibilidades que a tecnologia oferece para criar e recriar realidades em laboratório sem que haja qualquer tipo de regulamentação jurídica satisfatória sobre esse tema.<sup>25</sup>

Com efeito, são inúmeras as situações que desafiam o intérprete, sobretudo diante do acelerado desenvolvimento da biotecnologia e da biomedicina, que proporciona reviravoltas teóricas nas águas mansas em que navegava o corpo antes da popularização dos estudos sobre genoma, DNA, manipulação, criação e reprodução de células *in vitro*, criopreservação de células e material genético. De fato, a tão recente tutela do corpo pelo direito civil tem sua eficácia constantemente questionada diante da fragmentação do corpo, cuja projeção se realiza em laboratórios, na circulação de dados genéticos e de outros tantos dados sensíveis que representam o corpo para além dos limites físicos do contorno corporal, fazendo com que o corpo se multiplique de modo sem fronteiras materiais ou territoriais, como acontece com o “corpo eletrônico”, que representa a identidade pessoal do sujeito nas relações eletrônicas e nos ambientes virtuais da internet através, por exemplo, da biometria, do reconhecimento de voz, iris, impressões digitais.<sup>26</sup>

Sobre a liberdade para dispor do próprio corpo em vida há, com efeito, um campo de intensos debates judiciais e doutrinários, e não há qualquer exagero em afirmar que autonomia corporal constitui uma das mais importantes fontes de dilemas jurídicos atuais nas relações privadas. São muitas as hipóteses concretas que se colocam como centro de divergências sobre os limites que a pessoa tem para dispor do próprio corpo. Diante da redação pouco reveladora dos artigos do Código Civil de 2002 que tratam do tema da integridade psicofísica –<sup>27</sup> em especial do art. 13 e seus conceitos de conteúdo indeterminado, como é o caso dos bons costumes –<sup>28</sup> verifica-se um cenário de profundas indefinições sobre as fronteiras da liberdade corporal e as intervenções que podem

<sup>21</sup> MORAES, Maria Célia Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set/dez. 2014.

<sup>22</sup> Art. 4º da Lei nº 6.424/97, com a redação dada pela Lei nº 10.211/01: “A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, firmada em documento assinado por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

<sup>23</sup> TUCKER, Emma. Alexander McQueen's DNA turned into human leather goods by Tina Gorjanc. *Dezeen*, 11 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.dezeen.com/2016/07/11/pure-human-tina-gorjanc-leather-fashion-design-central-saint-martins/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

<sup>24</sup> Com finalidade diversa, a pele humana já é reproduzida *in vitro* na Universidade do Estado de São Paulo, com intuito de facilitar o cumprimento das diretrizes da Resolução Normativa nº 18 do Concea – Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal, que serão exigidas no Brasil a partir de 2019. Segundo a resolução, os testes de experimentação animal devem ser substituídos sempre que houver alternativas válidas disponíveis. Diante da reprodução da textura e da estrutura da pele humana, a pele produzida *in vitro* se apresenta como um material mais apropriado para os testes do que a pele dos animais que era utilizada para tal fim, e pode contribuir para a diminuição efetiva de práticas cruéis de desrespeito aos animais. Informações sobre a iniciativa da USP podem ser encontradas em VASCONCELOS, Yuri. Pele de laboratório. *Revista Pesquisa Fapesp*, ed. 245, jul. 2016. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/07/14/pele-de-laboratorio/>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

<sup>25</sup> Como a própria estudante alerta: “Se uma estudante como eu foi capaz de patentear um material extraído de informação biológica de Alexander McQueen, como não havia legislação para me parar”, e prosseguiu “só podemos imaginar o que grandes corporações com maior financiamento vão ser capazes de fazer no futuro” (TUCKER, Emma. Alexander McQueen's DNA turned into human leather goods by Tina Gorjanc. *Dezeen*, 11 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.dezeen.com/2016/07/11/pure-human-tina-gorjanc-leather-fashion-design-central-saint-martins/>>. Acesso em: 12 out. 2016. Tradução livre).

<sup>26</sup> RODOTA, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n. 19, jul./set. 2004, p. 94.

<sup>27</sup> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importará diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

<sup>28</sup> 14. É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

<sup>29</sup> 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

<sup>30</sup> CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

ser legitimamente impostas a fim de proteger a pessoa e sua integridade psicofísica. Considerando que muitos atos de autodeterminação corporal não vão necessariamente representar qualquer implicação jurídica para a esfera de terceiros, não é raro que a limitação da liberdade sobre o corpo configure o problema paternalista de tutelar a pessoa contra a sua própria vontade.

Como exemplo desse tipo de circunstância que se encerra na esfera jurídica do próprio titular da situação subjetiva, nas quais a proteção da liberdade da pessoa pode colidir com a sua integridade psicofísica, tem-se os casos de transfusão de sangue a pacientes testemunhas de Jeová, a alimentação forçada diante de greve de fome, as modificações corporais estéticas, as transformações radicais que geraram as tão estudadas figuras do homem lagarto e do homem tigre, práticas corporais, extremas ou não, como a suspensão,<sup>29</sup> tatuagens, piercings, branding, cutting, implantes subcutâneos ou ICTs, além dos *wannabes* ou *amputees by choice*,<sup>30</sup> que amputam voluntariamente seus membros por não os reconhecerem como parte de seu corpo. Como afirma Francisco Ortega, também são formas de modificação corporal:

*bodybuilding*, atividades de *fitness* e de *wellness* [...] bem como todo tipo de próteses internas e externas para potencializar ou substituir o funcionamento dos órgãos e o uso cada vez menos distante da nanotecnologia, que promete novos desenvolvimentos no interior do corpo.<sup>31</sup>

Nesses casos, tem-se um exercício de liberdade que não gera efeitos diretos e imediatos para a esfera jurídica de terceiros, o que torna ainda mais dramática a discussão sobre limites.<sup>32</sup>

Para além das hipóteses descritas acima, a questão da transexualidade recebe atenção especial por parte dos civilistas contemporâneos, principalmente após a cirurgia de transgenitalização se consolidar com *status* de ato de disposição consentido, o que tornou incontroversa a autorização para a realização do procedimento cirúrgico, respeitados os requisitos impostos pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina. O tema foi enfrentado pelo CFM com a Resolução nº 1.472/1997, e atualmente pela Resolução nº 1.652/2002, que assentaram o caráter terapêutico do procedimento, fixando critérios rígidos para sua admissão e a inexistência de autorização judicial, e posteriormente com o art. 13 do Código Civil, que garante a licitude do ato de disposição do próprio corpo nos casos de exigência médica ou finalidade terapêutica.

<sup>29</sup> Prática que envolve a fixação da pessoa a diversos ganchos de metal, inseridos sob a pele e ligados a um conjunto de roldanas utilizadas para erguer o corpo a 30 ou 60 cm do chão, de modo que seja possível permanecer com seu corpo suspenso enquanto for capaz suportar seu próprio peso, a depender de sua vontade a duração do ato.

<sup>30</sup> Sobre o tema, ver KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biomedicina: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 15, p. 41-72, jul./set. 2003.

<sup>31</sup> ORTEGA, Francisco. *O corpo incerto: corporeidade, tecnologias médicas e cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 57.

<sup>32</sup> Sobre os desdobramentos desse tipo de situação e a discussão sobre limites democráticos e paternalismo jurídico, veja consentido remeter à *teoria tripartite da autonomia*, cuja classificação dos atos de autonomia em atos de eficácia pessoal, de eficácia interpessoal e de eficácia social permite fornecer parâmetros concretos para enfrentar os dilemas dessa natureza, admitindo a intervenção para restringir a liberdade apenas nos atos que repercutem na esfera jurídica de terceiros, gerando efeitos diretos e imediatos para terceiros concretamente identificados (eficácia interpessoal) ou para a coletividade ou um número indefinido de pessoas (eficácia social). Sobre a teoria, ver CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

A atuação do conselho médico teve em vista não só a proteção da integridade psicofísica da pessoa transexual, mas também o objetivo de proteger a atividade médica dos cirurgiões que ficavam sujeitos às penalidades decorrentes da configuração da cirurgia como crime de lesão corporal, já que não havia, até então, qualquer regramento específico que garantisse que o procedimento cirúrgico de mudança fosse tutelado como ato de finalidade terapêutica. De fato, com todas as críticas que são devidas à medicalização e à intensidade de seus efeitos, esse primeiro caminho foi necessário para que a transexualidade pudesse ser tutelada e a redesignação realizada com mais segurança.<sup>33</sup> Através do avanço da medicina para certificar o caráter terapêutico do processo de transgenitalização, os problemas jurídicos daí decorrentes só aumentaram, em número e intensidade. Como ficam as questões relativas à identificação pessoal da pessoa após o processo de redesignação sexual diante da ausência de regulamentação jurídica detalhada sobre o tema, especialmente as alterações registrais relativas aos dados sexuais e nominais?

As consequências jurídicas do processo de transgenitalização tornam explícita a insuficiência das categorias jurídicas tradicionais<sup>34</sup> para tutelar a pessoa diante dos avanços da medicina e das transformações que são próprias do processo de construção da subjetividade. Através de um modelo dualista, o direito civil clássico, de matriz oitocentista, incorporou o sistema de categorias binárias que dividiu o mundo em dois,<sup>35</sup> deixando de fora tudo que não pudesse ser incluído em suas classificações predefinidas. Ou se é coisa ou se é pessoa, ou se é homem ou se é mulher, havendo pouco ou nenhum espaço de reserva para as indefinições que são próprias da pessoa que se desenvolve e se transforma livremente. Essa perspectiva, aliada à observação biológica sobre a estrutura morfológica dos órgãos genitais,<sup>36</sup> reservou uma divisão dualista também para a identidade. No momento do nascimento, o sexo morfológico externo será o elemento essencial para a designação da identidade pessoal que constará no registro civil, de modo que serão do sexo masculino aqueles bebês que tiverem pênis, enquanto serão do sexo feminino aqueles que tiverem vagina.<sup>37</sup>

Essa visão, que simplifica a natureza complexa do processo de desenvolvimento da pessoa, se viu recentemente questionada com o nascimento de Seyrlí Atlí, que

<sup>33</sup> A esse respeito, a precariedade da questão transexual antes das manifestações resolutivas do CFM e do Código Civil de 2002 fica demonstrada com o caso Juracy, transexual feminina que foi presa por falsidade ideológica após a realização de uma adoção "à brasileira", e foi recolhida ao pavilhão masculino do presídio de Água Santa, sofrendo toda sorte de violações à dignidade que essa situação oferece. Sobre o caso, a decisão da 1ª Turma do TRF da 2ª Região asseverou: "1 - Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para menor. II - constatação de que a mãe do menor, constante de registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de nascimento. III - A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais se submeteram a cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alterarem a certidão de nascimento. IV - Se a jurisprudência tem entendido que inexistiu o delito se a falsa identidade visa esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original. VI - Recurso improvido" (TRF-2, 1ª T, ACR nº 92.02.18299-0, Rel. Juíza Tania Heine, j. 8.3.1993).

<sup>34</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Biética x biomedicina: insuficiência dos conceitos jurídicos*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo et al. (Orgs.). *Temas de biomedicina e biética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>35</sup> AGACINSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 15.

<sup>36</sup> BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 20.

<sup>37</sup> O critério de identificação sexual, o sexo civil ou sexo legal, é o sexo morfológico externo, que corresponde à anatomia de seus órgãos genitais (CHOERI, Raul. *Transsexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo et al. (Orgs.). *Temas de biomedicina e biética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 240).

segundo a imprensa canadense é o primeiro bebê do mundo a não receber um dado sexual identificador em seu cartão de nascimento.<sup>38</sup> Com a intenção de dar ao(a) filho(a) a oportunidade de descobrir e construir seu gênero ao longo da vida, longe dos rótulos sexuais que são determinados no nascimento, Kori Doty – uma pessoa transgênero – não binária que não se identifica com pronomes nem no masculino nem no feminino –, agora luta para que o seu bebê, hoje com oito meses, possa ter a identificação de gênero também omitida de sua certidão de nascimento, pelo que haveria um “U” no lugar reservado ao campo “sexo”, simbolizando a ideia de “indeterminado” ou “não atribuído”.<sup>39</sup>

De fato, o debate sobre a liberdade de gênero na infância e na adolescência suscita importantes controvérsias e vem recebendo grande atenção especialmente na última década, diante do elevado número de casos que referem a dura experiência<sup>40</sup> que as crianças transsexuais enfrentam para se adequarem ao gênero oposto à descrição sexual que foi registrada no nascimento. Informações do serviço de saúde britânico indicam que, entre 2014 e 2015, o número de crianças com 10 anos ou menos indicadas para atendimento relacionado a questões de gênero quadruplicou em relação a 2009 e 2010. Do total, 47 crianças tinham cinco anos ou menos. Duas crianças tinham apenas três anos. Seguindo a ideia de que é possível diagnosticar precocemente pessoas com TIG – Transtorno de Identidade de Gênero, o Conselho Federal de Medicina, em parecer (manifestação sem caráter resolutivo),<sup>41</sup> orienta a conduta a ser adotada no tratamento com terapia hormonal para travestis e transsexuais desde a infância até a fase adulta, a fim de facilitar o processo de puberdade nesses casos.

Mas a notícia sobre o bebê canadense sem gênero representa um processo mais profundo do que apenas a aceitação médica de que as crianças também podem sofrer com questões de gênero. Na realidade, essa iniciativa traduz a experiência de gênero como produto de vivências subjetivas e não como resultado de uma observação de ordem biológica.<sup>42</sup> A identidade de gênero não pode ser definida a partir do critério do

<sup>38</sup> A Alemanha foi o primeiro país europeu a oferecer a possibilidade de os pais registrarem seus filhos como sendo do gênero “masculino”, “feminino” e “indefinido”. Contudo, a iniciativa legislativa foi duramente criticada por grupos locais militantes dos direitos das pessoas trans, tendo em vista que a lei só prevê tal possibilidade para bebês nascidos com diagnóstico de hermafroditismo, não se dirigindo necessariamente às pessoas transsexuais. Iniciativas que permitem o gênero indefinido como dado registral podem ser também encontradas na Austrália, onde desde 2011 os cidadãos têm o direito de identificar-se com o sexo “X” no passaporte. Na Nova Zelândia, essa mesma medida referente ao gênero indefinido é possível desde 2012 (ALEMANHA cria “terceiro gênero” para registro de recém-nascidos. *BBC Brasil*, 20 ago. 2013. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820\\_alemanha\\_terceirosexo\\_alg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820_alemanha_terceirosexo_alg). Acesso: 14 jul. 2017).

<sup>39</sup> BEBÊ terá documento sem identificação de sexo para “decidir gênero quando crescer”. *GL*, 4 jul. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/bebe-ter-documento-sem-identificacao-de-sexo-para-decidir-genero-quando-crescer.ghtml>. Acesso: 8 jul. 2017.

<sup>40</sup> Dados do Sistema Nacional de Saúde do Reino Unido (NHS) também descrevem que a violência que essas crianças sofrem na vida social, especialmente no ambiente escolar, aliada ao estigma em torno da questão fazem com que essas crianças e adolescentes estejam mais suscetíveis a problemas psicológicos. Em pesquisa publicada em 2014, registrou-se o assombroso número que indica que 59% dos jovens transgêneros sofreram com autolagelação, um total muito superior à média geral de 9% para a faixa etária de 16 a 24 anos (AOS 3 anos meu filho queria ser menina”. *BBC Brasil*, 20 jan. 2016. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160119\\_menina\\_transfobia\\_rm](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160119_menina_transfobia_rm). Acesso em: 10 jul. 2017).

<sup>41</sup> Parecer nº 8/13 dado em Processo-Consulta nº 32/12, do Conselho Federal de Medicina.

<sup>42</sup> As informações narradas podem ser encontradas na reportagem que descreve a experiência de Danni, que afirmava não gostar de ser um menino e viveu um momento traumático quando, aos 3 anos, foi encontrado pela mãe com uma tesoura na mão dizendo que queria cortar o pênis. A partir desse episódio, sua mãe, Kerry McFadyen, passou a acreditar que seu filho era, de fato, transsexual, engajando-se e buscando apoio para apoiar

sexo civil, ou sexo morfológico externo. Aliás, qualquer tentativa de definir a identidade de gênero de uma pessoa a partir de dados relativos ao sexo estará fadada ao fracasso, já que o gênero é fluido, construído ao longo da existência, e não será necessariamente condicionado por fatores de ordem biológica, como é o caso do sexo.

Trata-se, também, de importante tendência de superar o modelo patologizante que se colocou inicialmente sobre o fenômeno da transexualidade, ainda que a sua configuração inicial como patologia tenha permitido uma série de garantias que dizem respeito à prática cirúrgica, caminha-se felizmente para a superação dessa perspectiva paternalista, que esvazia de autonomia a pessoa transsexual que deseja realizar a transição de gênero ao admitir que tal condição e seus efeitos estão ligados à ideia de cura e de eficiência do procedimento terapêutico empregado. Como afirma Márcia Aran:

Não podemos estabelecer *a priori* que transsexuais padecem de uma patologia ou são necessariamente, por uma questão de estrutura, psicóticos. A clínica psicanalítica nos ensina que, antes de tudo, devemos escutar e basicamente tentar acolher as diversas manifestações das subjetividades.<sup>43</sup>

Dai decorre que o processo de transgenitalização não precisa ser apenas cirúrgico, como muito equivocadamente se acreditava.<sup>44</sup> Na realidade, a transgenitalização pode ser cirúrgica, medicamentosa com a terapia hormonal, ou apenas comportamental. Pode ainda englobar essas três modalidades. Isso significa que a passagem do gênero masculino para o feminino, ou o contrário, não precisa seguir um rígido protocolo terapêutico de um único caminho, dado que vem sendo refletido na experiência estrangeira legislativa e judicial e começa a ser adotado também pelos tribunais brasileiros. Como se verá adiante, quer se trate de procedimento cirúrgico, quer se trate de procedimento terapêutico ou comportamental, as consequências jurídicas decorrentes do processo de redesignação de sexo/gênero constituem o cerne do debate sobre a proteção do direito ao esquecimento da pessoa transsexual.

#### 4.3 Identidade pessoal e direito à alteração do nome e do sexo

A tutela do nome da pessoa humana no ordenamento jurídico nacional vem sendo reconstruída a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que deve individualizar dignamente o portador do nome, sem configurar um instrumento de discriminação e exclusão sociais, nem, muito menos, ser contrário à própria identidade pessoal. Neste sentido, a reconstrução da disciplina do nome busca compatibilizá-lo

Danni nas suas questões de gênero (AOS 3 anos meu filho queria ser menina”. *BBC Brasil*, 20 jan. 2016. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160119\\_menina\\_transfobia\\_rm](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160119_menina_transfobia_rm). Acesso em: 10 jul. 2017).

<sup>43</sup> Sobre a crítica, prossegue a autora “mais do que nunca, não podemos – em nome de uma antiga forma de organização social, que alguns preferem chamar de *Lei* – impor de forma violenta um diagnóstico psiquiátrico ou realizar uma interpretação psicanalítica, apenas para manter o nosso horizonte simbólico intocável” (ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Ágora: Estudos em Teoria Psicanalítica*, v. 9, n. 1, 2006, p. 59).

<sup>44</sup> Assim como não há uma única definição para a pessoa transsexual. Em perspectiva crítica à medicalização na questão transsexual, ver, especialmente, BENTO, Benedita. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transsexual*. Rio de Janeiro: Caramond, 2006, *passim*.

com o atual entendimento de proteção integral da pessoa humana, em suas múltiplas manifestações e atributos, e conformá-lo com a própria identidade pessoal.<sup>45</sup>

O direito ao nome da pessoa humana foi expressamente previsto no capítulo dedicado aos direitos da personalidade do Código Civil brasileiro de 2002. Embora de avanço inegável, o legislador ordinário prescindiu do exame funcional, priorizando, assim, uma análise meramente estrutural. Neste sentido, dispõe o art. 16 que: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome". Desse modo, o nome possui como elementos obrigatórios o prenome e o sobrenome, ao contrário de outras disciplinas legais alienígenas que optaram por um controle mais rígido na composição do nome.<sup>46</sup> O legislador teve, ainda, o mérito de uniformizar os termos, uma vez que tanto o Código Civil de 1916 quanto a Lei de Registros Públicos continham incongruências quanto à expressão *nome* e seus elementos componentes.<sup>47</sup>

Melhor do que individuar a função do direito ao nome é perquirir o fundamento plural do direito ao nome, ainda que se lhe reconheça uma função precípua no ordenamento. Diante da necessidade de diferenciação e distinção das pessoas humanas, o nome exerce a função primordial de servir como instrumento de individualização. Nas palavras de Adolfo Pliner: "La individualización permite que cada hombre sienta plenamente su 'yo' personal, y que los demás se lo reconozcan, possibilitando el desarrollo de su personalidad".<sup>48</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta a "[...] importância do nome como o sinal designativo que permite a individualização da pessoa humana, constituindo, por isso mesmo, um dos direitos mais essenciais da personalidade".<sup>49</sup> Neste sentido, afirma que a "finalidade do nome civil é individualizar e distinguir as pessoas humanas, durante a vida e mesmo após a morte, pela memória que deixa nos sucessores e no meio social".<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Permita-se remeter a ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 52, p. 203-243, 2012.

<sup>46</sup> A legislação portuguesa é um exemplo em que a composição do nome da pessoa foi minuciosamente regulada. O Código de Registo Civil português (Decreto-Lei nº 131/1995) dispõe em seu art. 103 as regras de composição do nome: "2. O nome completo deve compor-se, no máximo, de seis vocábulos gramaticais, simples ou compostos, dos quais só dois podem corresponder ao nome próprio e quatro a apelidos, devendo observar-se, na sua composição, as regras seguintes: a) Os nomes próprios devem ser portugueses, de entre os constantes da onomástica nacional ou adaptados, gráfica e foneticamente, à língua portuguesa, não devendo suscitar dúvidas sobre o sexo do registando; b) São admitidos os nomes próprios estrangeiros sob a forma originária se o registando for estrangeiro, houver nascido no estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa; c) São ainda admitidos os nomes próprios estrangeiros sob a forma originária se algum dos progenitores do registando for estrangeiro ou tiver outra nacionalidade além da portuguesa; [...]".

<sup>47</sup> Relata Maria Celina Bodin de Moraes que "No Código Civil de 1916 chegava a impressionar o grau de discrepância: ora se usava a expressão 'nome', significando nome por inteiro (por exemplo, nos arts. 271, I, 324; 386; 487), ora se empregava os termos 'nome' e 'prenome' (por exemplo, no art. 195, I, II), ora se adotava 'apelidos' (art. 240). O mesmo se diga da Lei de Registros Públicos, a qual, algumas vezes, adota o termo 'nome' para se referir ao nome completo, e, outras vezes, especifica 'prenome' e 'nome', este último com o significado de 'sobrenome' (MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 250).

<sup>48</sup> PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*: legislación, doctrina, jurisprudencia, derecho comparado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p. 86.

<sup>49</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 249.

<sup>50</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 261.

É comum a confusão entre os termos "individualização" e "identificação", sendo recorrente o uso indiscriminado destes como funções do direito ao nome. A individualização é alcançada na medida em que se distinguem suficientemente as pessoas de seus semelhantes, a fim de que não sejam confundidas, mas expresse, com efeito, a identidade pessoal de modo a atingir sua finalidade de real e efetiva individualização perante si e no meio social. Ao contrário, o nome como identificação é o meio através do qual se identificam externa e socialmente as pessoas, ainda que não exerça de forma segura e veraz sua individualização. A distinção é sutil e ténue do ponto de vista prático, visto que se o nome satisfaz a necessidade de individualização da pessoa humana, ela servirá como meio de identificação hábil perante terceiros.

A doutrina nacional<sup>51</sup> insiste em tratar o direito ao nome como "sinal identificador do indivíduo dentro da sociedade",<sup>52</sup> conceituando-o como "designação ou sinal pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade".<sup>53</sup> Demonstra-se, assim, a preocupação com o caráter obrigacional direcionado ao uso do nome e destinado tão somente como fator de identificação no meio social e de precedência familiar, indiferentes à individualização concreta da pessoa humana conforme seu projeto existencial e sua verdade pessoal, e que, a partir daí, seja reconhecido pelos demais, distinguindo-o de acordo com seu projeto de vida.

Além de figurar, para muitos, como meio de identificação, o nome, mais especificamente a exigência de sobrenome, consiste em um instrumento de reconhecimento, por parte de terceiros, da precedência familiar, ou seja, funciona como indicação da filiação. A manutenção da tradicional função de identificação da descendência familiar exige ressalvas, na medida em que se consideram as profundas alterações operadas na família contemporânea. O reconhecimento da socioafetividade no campo da filiação, e mesmo do parentesco, e do pluralismo das entidades familiares possuem efeitos relevantes nos domínios do direito ao nome.

Assim, a exigência de sobrenome não mais significa a precedência familiar biológico-genética, nem muito menos a descendência paterna, predominante na aposição do nome no momento do registro civil. A partir da comunhão de afetos indispensável à comunidade familiar se busca um sobrenome condizente com a família de pertencimento e as atias afetivas cruciais para o livre desenvolvimento da pessoa humana. Por isso, no intento de precisar a individualização, deve-se superar a função calçada na descendência familiar classicamente considerada, em razão da limitada relevância, nos dias de hoje, em relação à eficácia e certeza que essa indicação traz.

<sup>51</sup> Segundo definição de Rubens Limongi França, o nome é "o direito que a pessoa tem de ser conhecida e chamada pelo seu nome civil, bem assim de impedir que outrem use desse nome indevidamente" (FRANCA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 943). Penan Lotufo explica que "o nome, sem dúvida, é o sinal principal de identificação humana" (LOTUFO, Penan. *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66). Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, em atenção à doutrina nacional, o "nome de uma pessoa é o elemento pelo qual ela é identificada na sociedade, identificando-a" (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 220).

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Euclides. Direito ao nome. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controversas*. São Paulo: Método, 2004, p. 67, v. 2. Série Grandes Temas de Direito Privado.

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120, v. 1.



É preciso reconstruir a disciplina do nome em função da contemporânea e mutante concepção de família, sem descurar de seu caráter instrumental em prol dos integrantes da comunidade familiar. Desse modo, o sobrenome como identificação da descendência familiar somente merece tutela na medida em que se demonstrem os verdadeiros laços afetivos vinculados ao desenvolvimento da pessoa, e que, portanto, atue de forma a individualizá-la concretamente perante a comunidade familiar afetivamente escolhida.

Em relação à função do prenome como indicação do sexo é duvidosa sua inserção entre as funções desempenhadas pelo nome, não sendo, portanto, "uma função digna de consideração".<sup>54</sup> Expõe Adolfo Pliner que a exigência de ter um prenome de acordo com o sexo pertence mais à sua regulamentação legal do que à sua teoria geral. Tanto é assim que não é nada incomum encontrar pessoas com nomes que são tidos como femininos, mas são do sexo masculino, e vice-versa. É necessário, contudo, compreender que no caso das pessoas transsexuais a busca pela alteração do registro civil de modo a ser identificado em conformidade com a sua identidade de gênero é fundamental para o processo de reconhecimento social. Nesse passo, apesar de não constituir uma função primordial do nome a indicação do sexo, por outro lado, no caso em que a pessoa busca reconstruir a trajetória da sua vida em razão da desconformidade entre sua genitália de nascimento e o gênero socialmente construído, a mudança do nome e do gênero na certidão de nascimento é a chave para uma vida digna e de acordo com sua identidade pessoal.

No plano jurídico, é recente a construção e o reconhecimento do direito à identidade pessoal.<sup>55</sup> Leciona Maria Celina Bodin de Moraes que "este novo direito da personalidade consubstanciou-se num 'direito de ser si mesmo' (*diritto ad essere se stesso*)", o qual passa a ser compreendido como "o respeito à imagem global da pessoa participante da vida em sociedade, com a aquisição de ideias e experiências pessoais, com as suas convicções religiosas, morais e sociais, que a distinguem e ao mesmo tempo a qualificam".<sup>56</sup>

O direito à identidade pessoal, não raras vezes, ou é ignorado pela doutrina e jurisprudência pátrias, ou é geralmente confundido com outros direitos da personalidade, a exemplo, notadamente, do direito ao nome e do direito à imagem. No direito brasileiro, é comum reconhecer a identidade como mera identificação individual, relacionando-a aos aspectos materiais e visíveis de individualização da pessoa humana. Nas palavras de Raul Choeri, "[...] o nome e a imagem não traduzem o que se é integralmente".<sup>57</sup> razão pela qual deve-se desvincular o direito à identidade dos elementos ou fatores de identificação.

O direito ao nome, conforme visto, é comumente associado, de modo bastante restritivo e equivocado, ao principal meio de identificação individual. Não é raro encontrar na doutrina nacional a restrição do direito à identidade pessoal como tradução do direito ao nome.<sup>58</sup> É possível que a dificuldade em reconhecer a autonomia do direito à

identidade pessoal no direito brasileiro se encontre na inexistência de um dispositivo legal específico, motivo pelo qual se prefere ampliar o conceito de outros direitos da personalidade para respaldar e incluir aquele. Este, contudo, não parece ser o melhor caminho, pois, primeiro, comprime a identidade pessoal aos seus aspectos externos, reduzindo-a aos elementos de identificação individual, e, segundo, impede um tratamento jurídico compatível com a sua relevância no ordenamento em que se privilegia a proteção integral da pessoa através do princípio fundante da dignidade humana.

O direito à identidade pessoal possui conteúdo e abrangência próprios, por isso, mesmo diante da ausência de previsão expressa no direito brasileiro não se impede a construção de parâmetros e a definição de sua extensão por parte da doutrina, de modo a facilitar sua utilização pelos tribunais. No Brasil, somente os direitos ao nome e à imagem – elementos estáveis da identidade pessoal – foram contemplados pelo Código Civil de 2002 (arts. 16 a 20). No entanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República de 1988, atua como cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana<sup>59</sup> no ordenamento jurídico nacional, razão pela qual se supera a discussão a respeito da tipicidade ou não dos direitos da personalidade. Por isso, embora não previsto expressamente, o direito à identidade pessoal encontraria respaldo suficiente para sua proteção e promoção nesta cláusula.

Segundo Raul Choeri, a identidade da pessoa humana deve ser encarada de modo amplo, concebendo-a, em sua unidade e complexidade, a partir de duas dimensões coexistentes: uma estável e outra dinâmica. A dimensão de característica estável – e não estática, pois seus elementos são passíveis de mudança em alguns casos e sob certas condições – compreende o "nome, todos os elementos de identificação física da pessoa – imagem, voz, impressões digitais, genoma, os gestos, sua escrita, etc. – e os elementos informativos que integram o *status* jurídico – estado civil, estado familiar e estado político".<sup>60</sup>

Neste passo, a dimensão estável compreende "os elementos que respondem pela materialidade da identidade, de visibilidade imediata e de vocação duradoura", no entanto, é indispensável ressaltar que "a identidade da pessoa humana não se confunde com sua identificação pessoal nem com seu *status* jurídico, pois não se restringe aos dados e elementos de mera individualização física da pessoa".<sup>61</sup>

A segunda dimensão, de natureza dinâmica, reúne "todos os atributos e características psicossociais, a historicidade individual, compreendida pelo perfil ideológico e pela herança cultural da pessoa, adquirida através da sua interação social", sendo constituída, portanto, pela "ideologia, espiritualidade, moralidade, forma de pensar, de julgar, de pertencer a determinado grupo social, pela historicidade de cada pessoa, que a distingue das demais e a tornam única e irrepetível".<sup>62</sup>

<sup>54</sup> A afirmação completa no original: "No creio que pueda señalarse esta como una función digna de consideración" (PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas: legislación, doctrina, jurisprudencia, derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p. 92).

<sup>55</sup> Para um estudo mais aprofundado, remete-se a CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

<sup>56</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 138.

<sup>57</sup> CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 177.

<sup>58</sup> Francisco Amaral entende que: "O direito à identidade pessoal é o direito ao nome (CC, art. 16). Espécie dos direitos da personalidade, integra-se no gênero do direito à integridade moral, no sentido de que a pessoa deve

ser reconhecida em sociedade por denominação própria, que a identifica e diferencia. O nome constitui-se em interesse essencial da pessoa" (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 270).

<sup>59</sup> Sobre a cláusula geral de tutela da pessoa humana, sugere-se a leitura de TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 e MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, especialmente, p. 112-120.

<sup>60</sup> CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 163-164.

<sup>61</sup> CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 163.

<sup>62</sup> CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 163-165.



A partir do reconhecimento da dupla dimensão (estável e dinâmica), Raul Choeri leciona que “o direito fundamental à identidade inclui o direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, ‘quem de fato é’, em suas realidade física, moral e intelectual”, impedindo, assim, que se falseie a “verdade” das pessoas.<sup>63</sup> Neste ponto é que a ideia da existência de um direito fundamental à identidade<sup>64</sup> de natureza aberta se revela compatível com os valores constitucionais e condizente com a cláusula geral de dignidade da pessoa humana, pois, “a identidade constitucional da pessoa humana é aquela a ser forjada por cada um a partir dos direitos fundamentais, consagrados da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da pluralidade”.<sup>65</sup>

Nessa linha, Raul Choeri advoga que o “direito à identidade, como instrumento de inclusão social, de reconhecimento de diferenças, de fomento do pluralismo, de revelação da ‘verdade pessoal’, constitui a chave jurídica para a realização da dignidade humana”,<sup>66</sup> descortinando a íntima relação entre o direito fundamental à identidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma vida digna pressupõe sua autorrealização por meio da afirmação de sua identidade e verdade pessoais.

Nessa perspectiva, o direito à identidade pessoal, em sua integralidade, deve condicionar e balizar o direito ao nome, eis que mais abrangente que este. Deve-se preterir a tutela registral do nome em função do reconhecimento da extrema relevância do direito à identidade, pois não é cabível ao proteger as esferas mais íntimas da pessoa que se relegue ao nome, como elemento de individualização da personalidade individual de suma importância, um papel meramente material e visível da identidade humana.

Desse modo, por mais que atue como um elemento externo de identificação da pessoa, o nome deve refletir as próprias escolhas direcionadas ao projeto de vida pessoal, não podendo servir como um fator de discriminação e exclusão sociais, na medida em que aquele nome registral não mais condiz com a identidade exteriorizada pela pessoa, estigmatizando-a e prejudicando sua própria afirmação enquanto ser na sociedade. Portanto, a verdade registral do nome da pessoa humana só encontra relevância e cumpre sua função se corresponder à sua identidade e verdade pessoais.

Na seara do direito ao nome, a cirurgia de transgenitalização,<sup>67</sup> cujo procedimento no Brasil obedece aos critérios apontados na Resolução nº 1.995/2010,<sup>68</sup> do Conselho Federal de Medicina, trouxe profundas reflexões no tocante à possibilidade de

retificação do registro civil dos transexuais.<sup>69</sup> Nas últimas décadas, assistiu-se desde a criminalização da realização da cirurgia de readequação sexual, na qual se considerava a prática médica como delito de lesão corporal, forçando muitos brasileiros a irem para o exterior realizar o procedimento, até a plena legalidade da mudança de sexo e a consequente possibilidade de alteração do nome e do sexo no registro civil.

O caso da modelo Roberta Close se destacou no cenário jurídico nacional, ascendendo um debate então adormecido no país. Registrado como Luis Roberto no assento civil, Roberta Close, nome escolhido após a realização da cirurgia de mudança de sexo na Inglaterra, em 1989, obteve autorização da Justiça brasileira em primeira instância, em 1992, para a alteração registral. Contudo, a sentença foi reformada em sede recursal pelo Tribunal fluminense. Somente em 2005, finalmente, o modelo teve reconhecido seu direito à mudança do assento de registro.<sup>70</sup> O valioso precedente não eliminou o conservadorismo de diversos magistrados pelo país afora, sendo, por isso mesmo, um tema ainda em pauta diante das resistências ainda encontradas e à mingua de uma lei que discipline e, de uma vez por todas, soterre as restrições à plena cidadania dos transexuais.

Aos poucos as restrições ao direito de alteração do nome no registro civil dos transexuais foram sendo minadas, apesar de pedregoso trajeto nos tribunais brasileiros, que já se apearam à segurança dos registros para negarem diversos pleitos e a prévia realização da cirurgia. Resistência ainda maior se verificou em relação à mudança de sexo, tendo por base o perigo do casamento entre pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de retificação do sexo somente na hipótese de erro, sendo que a aparência socialmente externada não é o suficiente, eis que o caráter cromossômico preponderaria.<sup>71</sup> Além disso, em outros casos nossos tribunais já permitiram a alteração do sexo, desde que averbado o motivo da decisão no registro. Indispensável observar o sexo como dado cuja publicidade na alteração fere o direito ao esquecimento e a própria dignidade da pessoa transexual. O sexo registral deve refletir a identidade de gênero da pessoa e não deixar margem para servir como instrumento de estigma e exclusão, ancorando o transexual no retrovisor do passado. Nesse sentido, de modo a efetivar o direito ao esquecimento da pessoa transexual a alteração do nome e sexo não deve ser publicizada e nem constar no registro civil.

<sup>63</sup> CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 244.

<sup>64</sup> Raul Choeri entende que “o direito à identidade é um direito fundamental de quarta dimensão, fruto do pluralismo do mundo moderno. Está apoiado nos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade (fraternidade), consagrados no texto das Constituições nacionais, ao longo do último século, como direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, mas também se firma no princípio do pluralismo da sociedade atual, de vocação nitidamente voltada para a inclusão social, respeitando as diferenças e as identidades culturais que emergem permanentemente de seu seio” (CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 284).

<sup>65</sup> CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 283.

<sup>66</sup> CHOERI, Raul. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 302.

<sup>67</sup> O tema da transsexualidade transborda os estreitos limites do presente trabalho, razão pela qual se indica a leitura de CHOERI, Raul. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; e BARBOZA, Heloisa Helena. *Transsexualidade: a questão jurídica do reconhecimento de uma nova identidade*. *Admir* (ASDUEJ), v. 28, p. 54-66, 2012.

<sup>68</sup> Em substituição às antigas resoluções nºs 1.482/97 e 1.652/02, ambas do CFM, que versavam sobre o tema. Atualmente, a Portaria nº 2.803/2013, do Ministério da Saúde, redefine e amplia o processo transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).

<sup>69</sup> Sobre o tema, sugere-se a leitura de CARVALHO, Koichi Kameda de Figueiredo. *Transsexualidade e cidadania: a alteração do registro civil como fator de inclusão social*. *Revista Bioética*, v. 17, n. 3, p. 463-471, 2005.

<sup>70</sup> O caso é comentado por SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 201-202.

<sup>71</sup> V. entre tantos outros: “Ação de retificação do registro de nascimento. Transsexual. Adequação do sexo psicológico ao sexo genital. Sentença de procedência. Apelação. Sentença que julgou procedente o pedido, deferindo a alteração no registro civil, consistente na substituição do nome do requerente, para adotar o nome de pessoa do sexo feminino. Características físicas e emocionais do sexo feminino. Artigo 13 do Código Civil. Defesa do ato de dispor do próprio corpo. Exceção quando for por exigência médica. Ciência moderna trata o transexualismo como uma questão neurológica. Prova definitiva para determinar o sexo. Diferença encontra nos cromossomos sexuais é a chave para a determinação do sexo. Cirurgia de mudança de sexo não é modificadora do sexo. Mera mutilação do órgão genital, buscando a adaptação do sexo psicológico ao sexo genital. Mudança de sexo implicaria em reconhecimento de direitos específicos das mulheres. Segurança jurídica. Mudança do nome do apelado se afigura possível. Artigos 55 e 58 da Lei 6015/77. Nome pode ser alterado quando expõe a pessoa ao ridículo. Quanto à mudança de sexo, a pretensão deve ser rejeitada. Modificação do status sexual encontra vedação no artigo 1.604 do Código Civil. Enfermaria violando ao preceito constitucional que veda casamento entre pessoas do mesmo sexo. Retificação do sexo no assento de nascimento tem como pressuposto lógico a existência de erro. Inexistência de erro Apesar da aparência feminina, ostenta cromossomos masculinos. Dá-se provimento ao recurso” (16ª Cam. Cível. Ap. Cível, proc. nº 2007.001.24198. Rel. Des. Mônica Costa Di Piero, j. 7.8.2007. Grifos nossos).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão altamente criticável e na contramão do entendimento adotado pelas instâncias inferiores, já se posicionou a favor da averbação da mudança de sexo no registro civil, determinando que se fizesse referência ao sexo morfológico do pleiteante no assento como “decorrente de decisão judicial, pela sua condição de transexual submetido a cirurgia de modificação do sexo”.<sup>72</sup> Este julgando reflete o demasiado apego a valores como a segurança jurídica e a boa-fé de terceiros em detrimento do princípio da dignidade humana, valor fundante da República brasileira.<sup>73</sup>

Felizmente, esta não parece ser a direção predominante nos nossos tribunais. As barreiras impostas à retificação do registro civil dos transexuais diminuem cada vez mais, discutindo-se, inclusive, sobre a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou sobre a questão, decidindo que é perfeitamente possível a alteração antes da cirurgia, com base no direito à identidade pessoal e no princípio da dignidade humana. No julgando restou firmado que “a distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade pessoal”.<sup>74</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também já manifestou entendimento favorável à retificação de registro civil para modificação do prenome e do sexo de pessoa transexual não submetida à cirurgia de transgenitalização por decisão pessoal baseada na dificuldade da sua realização e os riscos inerentes do procedimento. Após prolação da sentença que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem exame do mérito, o Tribunal reformou a decisão para permitir que Paulo Henrique substitua seu prenome por Ana Evangelista, bem como a menção ao sexo masculino pelo feminino. A partir de interpretação constitucional do art. 58 da Lei de Registro Público, entendeu-se que “não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como ser humano”.<sup>75</sup>

Conforme se viu, o direito à alteração do nome merece tutela na medida em que atende à identidade pessoal objetivamente externada pelo requerente. Nessa linha não há óbice para o deferimento do pedido independentemente da realização da cirurgia.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> STJ, Terceira Turma. Recurso Especial nº 678.933. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.3.2007.

<sup>73</sup> Em comentário crítico ao mencionado julgando, remete-se a CASTRO, Thamís Dalvinha Viveiros de. *Transexualidade: a (in)visibilidade pelo Judiciário*: comentários ao RES 678.933. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 187-206, 2007.

<sup>74</sup> TJRS, Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70022504849. Rel. Des. Rui Portanova, j. 16.4.2009.

<sup>75</sup> TRJ, 17ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0013986-23.2013.8.19.0208. Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, j. 21.3.2014.

<sup>76</sup> Em 2009, a então Procuradora Geral da República, Debora Duprat, ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADin nº 4.275) com o objetivo de conferir interpretação do art. 58 da Lei nº 6.015/1973 conforme a Constituição de 1988, de modo que se reconheça o direito dos transexuais a substituírem o prenome e sexo no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Qualquer interpretação contrária ao reconhecimento do direito à mudança do prenome dos transexuais violaria, segundo os termos da ação, preceitos fundamentais da Constituição, como os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inc. IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade e da privacidade (art. 5º, caput e inc. X). A petição inicial da referida ação encontra-se disponível em [http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdf/ADIn%204275.pdf/view](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdf/ADIn%204275.pdf/view). Acesso em: 8 dez. 2016.

ou mesmo do processo transexualizador.<sup>77</sup> Enquanto se discute a questão, as instâncias executivas têm admitido que transexuais e travestis adotem o chamado *nome social* em atos e procedimentos da Administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional. O nome social é aquele pelo qual as pessoas se identificam e são identificadas socialmente. No estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 43.065/2011 dispõe sobre o uso do nome social.

Apesar de configurar medida paliativa, o nome social tem se demonstrado como única maneira de assegurar que pessoas transexuais e travestis possam se identificar socialmente sem sofrer constrangimento e humilhação em diversas situações e acabou se difundindo em diversas universidades<sup>78</sup> brasileiras<sup>79</sup> e instituições de relevância social, como a Ordem dos Advogados do Brasil,<sup>80</sup> o que demonstra a urgente necessidade de lei regulamentadora sobre o tema, que permita que as pessoas transexuais possam alterar seu prenome e sexo sem depender de artifícios paliativos.

Enquanto o Poder Legislativo permanece inerte, o Governo Federal publicou o Decreto nº 8.727, de 28.4.2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero<sup>81</sup> de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, determinando que os órgãos e as entidades devam adotá-los com requerimento, de forma a evitar o uso de expressões pejorativas e discriminatórias.

Abalizada doutrina tem enfrentado o tema da alteração do nome da pessoa transexual. Anderson Schreiber leciona em relação à alteração do nome de transexuais que “a hipótese insere-se, a toda evidência, no âmbito de aplicação do art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), que autoriza a alteração do nome que expõe o sujeito ao ridículo”. Defende, neste sentido, que “não há sequer a necessidade de recorrer aos princípios constitucionais, extraindo-se claramente da legislação infraconstitucional a possibilidade de alteração do nome que submeta a pessoa a constrangimento”.<sup>82</sup> O fundamento, portanto, autorizador da mudança do nome se assenta na vedação à discriminação e a constrangimento do portador do nome não compatível com a identidade externada pela pessoa.

<sup>77</sup> Sobre o processo transexualizador, cf. BARBOZA, Heloisa Helena. *Procedimentos para redesignação sexual: um processo bioético inadequado*. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2545>. Acesso em: 20 jun. 2017.

<sup>78</sup> Desde 2015, a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-RJ, reconhece formalmente o nome social de pessoas transexuais (TELA primeira vez, PUC-RJ reconhece nome social de aluna transexual. *Comunicar*, 12 maio 2015. Disponível em: <http://assessoria.vcc-puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=41690&sid=255>. Acesso 15 jul. 2017).

<sup>79</sup> Em matéria publicada no dia 17.5.2016, das 63 universidades federais brasileiras, somente 13 não tinham nenhuma resolução interna a respeito do nome social (LEWER, Laura. 13 universidades federais não têm resolução para uso do nome social. *GI*, 15 maio 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/14-universidades-federais-nao-tem-resolucao-para-uso-do-nome-social.html>). Acesso em: 4 jan. 2017.

<sup>80</sup> A Resolução nº 7, de 7.6.2016, permite que advogados travestis e transexuais usem o nome social no registro do ordem, bem como na publicidade profissional que promover ou nos cartões e material de escritório de que se utilizar.

<sup>81</sup> “Art. 1º [...] Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se: I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”.

<sup>82</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 200-201.



Vê-se, nesse particular, a dupla negação de direitos sofrida pelas pessoas transexuais, ou seja, afastava-se a mudança do nome e do sexo em razão do perigo do casamento, enquanto que se repelia este exatamente por não se permitir aquela. Um círculo de invisibilização que exclui o exercício da cidadania e as condições necessárias a uma vida com dignidade.

Hodiernamente, a discussão não se centra mais na inexistência ou validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, por sua vez, possibilitou que o Conselho Nacional de Justiça estabelecesse a Resolução nº 175, de 14.5.2013, que proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

É importante destacar que não cabe confundir homossexualidade e transexualidade,<sup>91</sup> que somente se aproximam por serem situações sexuais discordantes da matriz heterossexual.<sup>92</sup> O direito se habituou a rotular os sexos a partir da genitália e não a partir da forma de expressão socialmente construída pelo sujeito, por isso, o direito do transexual que não foi reconhecido judicialmente como do sexo oposto e que, até pouco tempo atrás, não tivesse feito a cirurgia, apesar de se comportar como do gênero oposto, para fins jurídicos ainda seria considerado como se fosse do sexo registral. A decisão do Supremo Tribunal Federal e a resolução do Conselho Nacional de Justiça deixaram no passado essa discussão.

Se, de um lado, há consenso sobre não haver restrições ao casamento de pessoa transexual nos dias atuais, por outro, invoca-se com frequência a preocupação com a ciência do nubente em relação à transexualidade. Em outros termos, vale a pergunta:

se erro ou falsidade do registro? Embora tenha trazido laudo médico emanado de um cirurgião que realizou a operação para mudança de sexo, bem como um parecer psicológico, o fato é que a prova definitiva teria de ser feita pelo laudo de análise citogenética. *Todavia, em nosso entender, apesar do próprio aspecto humanitário, de não poder ultrapassar os limites legais e até constitucionais diante da vedação em nosso direito de casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo (art. 226, §3º CRFB/88 e mais art. 1.515 do Código Civil de 2003). Assim, dada à situação atual da legislação e mais a necessidade de plena segurança das pessoas em seu negócio jurídico na vida social a postulação revela-se incompatível. Aceita-se, não somente, a mudança do nome visando minorar os constrangimentos, diante da situação de fato existente. Provenimento parcial do recurso” (TRJ, 11ª C.C. Ap. Civ. nº 28.817/2004. Rel. Des. Otávio Rodrigues, j. 2.3.2005. Grifos nossos).*

<sup>91</sup> De acordo com o glossário constante do PBSH – Programa Brasil sem Homofobia: “Homossexuais: são aqueles indivíduos que têm orientação sexual e afetiva por pessoas do mesmo sexo. Gays: são indivíduos que, além de se relacionarem afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo, têm um estilo de vida de acordo com essa sua preferência, vivendo abertamente sua sexualidade. Bissexuais: são indivíduos que se relacionam sexual e/ou afetivamente com qualquer dos sexos. Alguns assumem as facetas de sua sexualidade abertamente, enquanto outros vivem sua conduta sexual de forma fechada. Lésbicas: terminologia utilizada para designar a homossexualidade feminina. Transgêneros: terminologia utilizada que engloba tanto as travestis quanto as transexuais. É um homem no sentido fisiológico, mas se relaciona com o mundo como mulher. Transexuais: são pessoas que não aceitam o sexo que ostentam anatomicamente. Sendo o fato psicológico predominante na transexualidade, o indivíduo identifica-se com o sexo oposto, embora dotado de genitália externa e interna de um único sexo” (CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO/MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 30).

<sup>92</sup> V. BARBOZA, Heloisa Helena. *Precedentes para redesignação sexual: um processo bioeticamente inadequado*. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2545>. Acesso em: 20 jun. 2017. p. 52-68.

existe um direito à verdade do nubente em saber que está se casando com uma pessoa transexual? Ou, em perspectiva inversa, é dever do transexual revelar seu passado antes do ato do casamento? No plano da vida de relações, crê-se que é importante para construir uma vida em comum, partilhando do mesmo destino, que a vida pretérita seja de comum conhecimento, pelo menos os fatos que se considerem importantes para tanto. No entanto, o que se pretende enfrentar é até que ponto é cabível uma sanção como a anulação do casamento por vício de consentimento em razão de erro essencial sobre a pessoa do cônjuge. Que a verdade revelada após o casamento pode corromper uma relação a ponto de tornar insustentável a vida comum não se discute, cabendo às partes buscarem o divórcio, como via legítima para a dissolução do vínculo conjugal. A dúvida que permanece é se a transexualidade não revelada do parceiro configura hipótese de erro sobre pessoa passível de anulação do casamento. Indispensável, portanto, percorrer o plano da validade do casamento de um dos cônjuges transexual sem que o outro saiba, eis que seu direito de casar é inegável diante da democratização das relações familiares e seu caráter instrumental de promover a pessoa humana.

#### 4.4.1 O erro essencial sobre a pessoa do cônjuge e a validade do casamento

O erro constitui uma perturbação no processo formativo da vontade em razão do desconhecimento ou falsa percepção da realidade dos fatos<sup>93</sup> determinante para a tomada de decisão negocial.<sup>94</sup> Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o erro pode ser caracterizado como “um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos”. A rigor, há uma discordância “entre a vontade real e a vontade declarada”<sup>95</sup> em razão de uma realidade distorcida ou desconhecida.

O art. 138 do Código Civil determina a anulação do negócio jurídico eivado de erro substancial, desde que seja cognoscível pela outra parte,<sup>96</sup> tornando ainda rigorosos os requisitos exigidos. Nesse cenário, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, a Lei Civil se alinhou à preservação dos negócios jurídicos, tornando-se mais criteriosa para aplicação da anulação do ajuste entabulado, em respeito à confiança e legítima expectativa despertada nos agentes. Nesse quadro, afastou-se a escusabilidade como

<sup>93</sup> O Código Civil faz menção na primeira seção que trata dos chamados defeitos do negócio jurídico do erro ou ignorância, o que leva a doutrina a diferenciá-los. O erro se caracterizará pela deformação no conhecimento das circunstâncias, enquanto que a ignorância importaria no desconhecimento absoluto. Caio Mário da Silva Pereira defende, contudo, que muito embora ontologicamente as figuras não se confundam, juridicamente “não há cogitar da distinção” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 443).

<sup>94</sup> Sobre o assunto, v. KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 609-631; NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPEDEANO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 289-330.

<sup>95</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 442.

<sup>96</sup> “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

requisito para a configuração do erro,<sup>97</sup> mas erigiu a cognoscibilidade<sup>98</sup> e manteve a essencialidade, isto é, incidente sobre motivos determinantes para a celebração do negócio pretendido,<sup>99</sup> como necessários ao seu enquadramento, podendo recair sobre a natureza do negócio, o objeto principal ou suas qualidades, a identidade ou qualidade da pessoa e o direito, nos moldes do art. 139 do Código.<sup>100</sup>

Como se vê, no caminho da funcionalização e solidarismo desenhados no âmbito das relações patrimoniais por força da centralidade constitucional, o Código Civil vigente operou significativas mudanças na disciplina do erro. No entanto, é de se observar que tal categoria foi forjada para negócios jurídicos patrimoniais, a exigir a confiança depositada no outro como um padrão de conduta imposto legalmente por força da boa-fé objetiva, tendo por escopo afinar a manifestação de vontade de acordo com as vezes circunstâncias presentes no contexto da negociação para a celebração do ajuste pretendido.

O casamento, apesar do inerente aspecto negocial decorrente do acordo de vontades para a sua consumação e dos efeitos econômicos retratados no regime de bens, visa formalizar a plena comunhão de afetos, com intuito de constituir família, dando-lhe nítida preeminência existencial. Entretanto, o Código Civil elenca como uma das hipóteses de anulação do casamento previstas no art. 1.550 os chamados vícios da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558, em seu terceiro inciso,<sup>101</sup> que remete, portanto, à extensão, especificamente, dos vícios do erro essencial sobre a pessoa do outro nubente (arts. 1.556 e 1.557) e da coação (art. 1.558).

No caso de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, o Código Civil diz que o casamento pode ser anulado, consoante reza o art. 1.556,<sup>102</sup> descrevendo as

<sup>97</sup> De acordo com Carlos Nelson Konder, "a escusabilidade do erro, requisito puramente doutrinário, serviria a afastar a anulação naquelas hipóteses em que o declarante cometesse um erro que, embora essencial, fosse grosseiro, isto é, um que declarante de diligência normal não teria cometido" (KONDER, Carlos Nelson. *Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 616).

Enunciado nº 12, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "art. 138: na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

<sup>98</sup> Segundo Ana Luíza Maia Neves, o requisito da reconhecibilidade (ou tão somente cognoscibilidade) se verifica quando a "perceptibilidade do erro está na parte que recebe a declaração de vontade viciada pela falsa noção de realidade", e defende, ainda, que "o requisito da cognoscibilidade pelo outro contratante não exclui por si só a necessidade da escusabilidade do erro. O primeiro está na pessoa que recebe a manifestação de vontade, enquanto o segundo está naquele que declarou vontade viciada" (NEVES, Ana Luíza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPELINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 296-297).

<sup>99</sup> Afasta-se, desse modo, a possibilidade de anulação do chamado erro acidental que recai sobre elementos acessórios do ajuste, a exemplo do erro de cálculo previsto no art. 143, que permite apenas a retificação da vontade declarada.

<sup>100</sup> "Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico".

<sup>101</sup> Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante".

<sup>102</sup> Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro".

hipóteses possíveis no art. 1.557.<sup>103</sup> A Lei nº 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que, a um só tempo, provocou profundas mudanças em institutos tradicionais do direito civil, como o regime das incapacidades e a curatela,<sup>104</sup> também alcançou o casamento, alterando a redação do terceiro inciso e revogando o último. Na linha de promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e sua plena inclusão social, a mencionada lei, na linha da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no ordenamento brasileiro com estatuta de emenda constitucional, nos moldes do §3º do art. 5º da Constituição,<sup>105</sup> preservou a capacidade da pessoa com deficiência, conforme prevê seu art. 6º, assegurando seu direito ao casamento, inclusive quando submetido à curatela, que somente afeta os atos patrimoniais e negociais (art. 85 e §1º).

Nessa perspectiva, o EPD revogou as hipóteses de invalidade do casamento vinculadas à incapacidade, não sendo mais nulo o casamento quando contraído por pessoa com deficiência mental ou intelectual sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, CC). O mesmo, conforme se verifica, ocorreu com as hipóteses de anulabilidade do casamento (art. 1.550, III, CC) quanto ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge em razão de deficiência. O EPD modificou a redação do inc. III do art. 1.557, CC, dissociando o erro essencial da deficiência, e revogou o inc. IV, do mesmo art. 1.557, CC, que considerava como erro essencial a ignorância anterior ao casamento de moléstia mental grave que, por sua natureza, tornasse insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. As hipóteses eram nitidamente discriminatórias e desconsideravam que a comunhão plena de vida pode ser alcançada independentemente da deficiência.

Antes de continuar, é preciso estabelecer que a anulação de casamento por erro sobre a pessoa do cônjuge encontrava maior sentido na época em que o princípio da indissolubilidade era vigente, cabendo-lhe hoje uma função de moralização das relações afetivas que não encontra guarida, na maior parte dos casos, na democratização dos arranjos familiares e na liberdade do divórcio. Além disso, argumento sempre invocado é a impossibilidade de procriação nos casos em que houve a transição do sexo masculino para o gênero feminino, o que não se sustenta diante da atual desvinculação entre casamento e procriação. Consta-se, desse modo, que o legislador pensou no modelo de casamento indissolúvel e com fins de constituir prole nas hipóteses de anulação por erro sobre pessoa.

Com forte carga moralizante nas relações familiares, o legislador estabeleceu que o erro essencial sobre pessoa pudesse ser alegado a respeito da identidade, honra e boa fama, prática de determinados crimes e defeito físico irremediável que não caracterize

<sup>103</sup> "Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015); IV - (Revogado). Dado pela Lei nº 13.146, de 2015".

<sup>104</sup> Sobre o assunto, veja consentido remeter a BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência física e intelectual nas relações privadas* - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 249-274.

<sup>105</sup> O Brasil aderiu à convenção em 2007, a qual foi ratificada pelo Congresso Nacional em 9.7.2008, conforme Decreto Legislativo nº 186, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25.8.2009.

deficiência ou moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. Já não se pode mais anular o casamento em razão da ausência da virgindade da noiva,<sup>106</sup> impotência *coendi* e *gerandi*, homossexualidade ou ausência de relação sexual,<sup>107</sup> o que demonstra franca evolução do direito de família.

A doutrina registra que o erro sobre a identidade do cônjuge se divide nos aspectos físico e civil. A primeira se caracterizaria na ocorrência da substituição de uma pessoa por outra no ato da celebração do casamento, eis que diz respeito à própria pessoa do cônjuge, como na fictícia hipótese de "irmãos gêmeos que são substituídos". O erro de identidade civil se relaciona à sua "real identidade, ao seu estado civil", ou seja, "ao seu conjunto de atributos ou qualidades essenciais com que a pessoa justamente se apresenta na sociedade",<sup>108</sup> relacionando-se, nesse particular, com a honra e a boa fama,<sup>109</sup> também consideradas hipóteses de anulação por erro sobre a pessoa do cônjuge. É preciso reforçar, contudo, o sentido discriminatório e moralizante que tais circunstâncias, consideradas vícios pelo legislador, exerciam nas relações familiares, reforçando estruturas de poder e o modelo de normalidade padrão da sociedade, não raras vezes permitindo a violação da dignidade da pessoa sobre a qual o erro supostamente incide.

Além disso, a manutenção destas hipóteses sobre identidade, honra e boa fama em sentido conservador e desapegado de uma visão plural e laica da sociedade remonta ao que a doutrina mais sensível denomina de "revivescência da noção de culpa",<sup>110</sup> eis que pune um dos cônjuges por prática anterior ao casamento e que, não raras vezes, não revelou por vergonha ou medo das represálias morais da sociedade.

Com fins a preservar o casamento, de modo a tornar sua anulação excepcional, o legislador impõe que diante das hipóteses previstas no art. 1.557<sup>111</sup> sejam preenchidos determinados requisitos, como (i) a preexistência ao casamento da circunstância

ignorada por um dos cônjuges – visto que o vício do erro é genético, isto é, anterior ou concomitante ao ato celebrado; (ii) a descoberta da verdade posterior à celebração do casamento; e, por fim, (iii) que a vida em comum se torne insuportável.

Ademais, estabelece o art. 1.559, do Código Civil, que somente o cônjuge que iniciou em erro pode demandar a anulação do casamento, sendo que a permanência da coabitação após a ciência do vício convalida o ato.<sup>112</sup> É de se destacar ainda o prazo de três anos fixado no art. 1.560, inc. III, para intentar a ação anulatória, a contar da data da celebração do casamento.<sup>113</sup> As restrições são tantas e o prazo tão exíguo que é de se refletir a respeito da real necessidade das interpretações que permitem enquadrar o transsexual como hipótese de erro sobre pessoa do cônjuge em razão de sua identidade. O viés é muito mais punitivo em relação ao transsexual que não revelou a verdade do que protetivo no que tange ao cônjuge denominado enganado, que, com efeito, já convive com pessoa do gênero que escolheu, uma vez que para desconhecer tal circunstância já a conheceu com a aparência de gênero que o transsexual vivencia e ao qual pertence.

Apesar dos argumentos já expostos, os riscos ao direito de autodeterminação existencial da pessoa transsexual permanecem presente. Em nitido retrocesso, o Projeto de Lei nº 3.875/2012, em tramitação na Câmara dos Deputados, propõe a inclusão de mais um inciso ao art. 1.557 do Código Civil, de sorte a permitir a anulação em razão da "ignorância, anterior ao casamento, da condição de transgenitalização, que por sua natureza, torne insuportável a vida do cônjuge enganado com a impossibilidade fisiológica de constituição de prole". Tal propositura desconsidera a já mencionada desvinculação entre casamento e procriação, bem como em suas justificativas se debruça sobre os conceitos de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, presentes na redação primitiva do inc. III do art. 1.557, que denota, aí sim, ignorância em relação à transexualidade como identidade de gênero e não como mera patologia.

Apesar de tentativas legislativas como a comentada acima, é preciso garantir o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transsexual por meio da proteção da sua vida privada, assegurando-lhe o controle sobre os dados préteritos a respeito do processo de transição de gênero, como forma de evitar a discriminação e a exclusão sociais. A pessoa transsexual tem direito a constituir família, inclusive por meio do casamento, e eventual descoberta após o casamento pelo outro cônjuge não permite dizer que este foi enganado. A rigor, conforme visto, o gênero é construção social e se o atual cônjuge, após o período de relacionamento antes do casamento, criou laços afetivos com a pessoa, isso permite dizer que se afeiou ao gênero ao qual o nubente já tinha se adequado, ou seja, ao seu gênero de escolha.

Nessa linha, defende Anderson Schreiber, ao comentar o Projeto de Lei nº 70/95,<sup>114</sup> que "suposta necessidade de proteger terceiros que venham a contrair vínculo familiar com o transsexual", na medida em que "tais pessoas teriam um 'direito' de saber da alteração do sexo biológico", não se sustenta. Em primeiro lugar:

<sup>112</sup> "Art. 1.559. Somente o cônjuge que iniciou em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557".

<sup>113</sup> "Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de: I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.559; II - dois anos, se incompetente a autoridade celebrante; III - três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.559".

<sup>114</sup> Atualmente apensado ao PL nº 4.241/2012 e aguarda apreciação do Plenário.

<sup>106</sup> Código Civil de 1916: "Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: IV. O defeitamento da mulher, ignorado pelo marido".

Segundo Maria Berenice Dias, "felizmente, o CC atual abandonou essa hipótese, que já havia perdido prestígio a partir da Constituição Federal, em face da consagração do princípio da igualdade: se não se pode alegar a virgindade do noivo, não há como a ausência de virgindade da mulher configurar erro essencial" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189).

<sup>107</sup> Sublinha Maria Berenice Dias que "para quem não consegue conviver com esses 'defeitos', a única solução é o divórcio, que não precisa de qualquer justificativa" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189).

<sup>108</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 107. O autor menciona como erro de identidade civil o suposto fato de se considerar sobrinho o cônjuge quando era, na verdade, viúvo ou divorciado e o caso do farsante ou estelionário que se apresentou como sendo outro indivíduo com fins a ludibriar o parceiro.

<sup>109</sup> Segundo Rolf Madaleno, neste campo "devem ser incluídas inúmeras situações de personalidade desviadas, corrompidas ou anormais", de que são exemplos "os psicopatas, desequilibrados, viciados, pederastas, meliantes, prostitutas, ladras e cafetinas, enfim, toda aquela gama de pessoas que justamente não gozam de bom nome, conceito moral, e do respeito tão caro e importante ao cônjuge. Também ingressam na seara da boa fama como causa de anulação do casamento o homossexualismo, a vida desregrada e até a atribuição de paternidade ao noivo para motivar as núpcias em razão de falsa gravidez ou para depois ser descoberto que o pai era outro e nada disto a mulher desconhecia, revelando apenas seu mau caráter, antes encoberto, a incidir em erro substancial quanto à honra e à boa fama de sua esposa" (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 108-109).

<sup>110</sup> Ver, por todos, TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 445-471.

<sup>111</sup> Para Maria Berenice Dias, "a existência de um rol de erros evidência o nitido propósito de manter o casamento" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189).



a pretexto de informar o terceiro que venha estabelecer vínculo familiar com o transexual, acaba dando publicidade ampla e irrestrita à alteração de sexo. Segundo, porque não compete ao legislador presumir que a prévia alteração do sexo biológico é circunstância que traz ao projeto familiar comum risco maior que outras tantas circunstâncias cuja publicidade não é exigida pelo projeto de lei e pela sociedade.<sup>115</sup>

Desse modo, a pessoa transexual tem direito a constituir família, inclusive por meio de casamento, não sendo obrigada a revelar previamente ao nubente seu processo de transição de gênero por ser uma decisão relativa à sua esfera privada existencial, bem como são inconstitucionais as interpretações que admitem a anulação do casamento em razão de erro sobre a pessoa do cônjuge que não comunicou antes do ato da celebração sua transexualidade, que agora pertence ao seu passado. Tais situações, se chanceladas pelo direito, violariam o direito de autodeterminação existencial e a dignidade da pessoa humana.

### Notas conclusivas

Grande parte dos dilemas relativos à transexualidade decorrem da insuficiência das categorias jurídicas clássicas do direito civil para tutelar a pessoa e a sua liberdade de escolher os rumos do seu projeto de livre desenvolvimento pessoal. Especialmente sobre as noções que se referem ao *status* e aos vícios do consentimento na celebração de negócios jurídicos, a teoria civilista tradicional pouco ou nenhum espaço reservou para as modificações e contingencialidades que marcam a experiência subjetiva, demonstrando franca inaptidão para as demandas existenciais que surgem do avanço da medicina e da biotecnologia, como se vê diante de tantas dificuldades encontradas para proteger o direito à identidade pessoal das pessoas transexuais.

Ainda que os direitos das pessoas transexuais estivessem no cerne das discussões jurídicas sobre tutela do projeto de livre desenvolvimento da personalidade desde a década de 90, e mais precisamente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a luta por reconhecimento desses direitos no Brasil é uma história de avanços e retrocessos. Impulsionado especialmente pelas manifestações resolutivas dos Conselhos de Medicina, o movimento lento e contínuo de conquistas de direitos das pessoas transexuais deu seu primeiro passo quando o processo de transição de gênero parou de ser criminalizado, alcançado *status* de ato de disposição do próprio corpo consentido. Essa medida tornou-se possível diante do reconhecimento da finalidade terapêutica do ato de autonomia corporal, gerando a posterior constatação de que os atos cirúrgicos não deveriam ser precedidos de autorização judicial. Todo esse quadro de avanços sobre o tema ainda esbarrava na ausência de consenso sobre as consequências jurídicas da transgenitalização, tendo em vista as modificações de *status* referentes ao nome e ao sexo.

Mais do que ausência de consenso, as conquistas no campo das resoluções e da própria legislação se viam em risco diante de manifestações conservadoras de tribunais estaduais, reforçadas pela posição que o Superior Tribunal de Justiça assumiu em 2007, condenando a pessoa transexual à eterna visibilidade sobre o seu passado

<sup>115</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 159.

biológico, como se viu antes. No momento atual, em que o debate judicial amadurece para contemplar a hipótese de mudança de dados registraes sem a necessidade de procedimento médico anterior, chega-se à necessidade de reafirmar os direitos das pessoas transexuais, nominando-o e qualificando-o corretamente, delimitando seu conteúdo e alcance, a fim de tornar ainda mais robustos os argumentos utilizados para a proteção do direito à privacidade nesses casos.

Trata-se, com efeito, de enfrentar o desafio de delimitar os contornos do direito ao esquecimento da pessoa transexual em relação aos dados sensíveis que a individualizam na sociedade e definem as informações registraes concernentes ao processo de transição de gênero. Garantir o efetivo controle pretérito sobre os dados relativos ao nome e ao sexo é o único caminho para garantir que o processo de desenvolvimento da pessoa transexual seja de fato livre, sem obstáculos para recomençar a sua história e sem a necessidade de prestar contas sobre seu passado para terceiros cujo aludido interesse, em regra, nas informações registraes não constitui situações jurídicas dignas de tutela, mas tão somente um exercício de curiosidade desprovida de eficácia jurídica.

A proteção temporal dos dados da pessoa transexual desnuda a insuficiência da teoria dos vícios do consentimento para a realização de interesses existenciais, a exemplo do casamento. Cunhado para a tutela de manifestações patrimoniais, o erro essencial sobre a pessoa do cônjuge pressupõe um verdadeiro direito ao conhecimento do passado com quem se relaciona afetivamente, sem que haja qualquer amparo jurídico para essa consideração. Trata-se, na realidade, de exegese que viola frontalmente as diretrizes de proteção da privacidade como autodeterminação informativa, realizando função meramente moralizadora das relações afetivas. Sobre o tema, é preciso ressaltar que conceitos de conteúdos indeterminados que remetem o intérprete para considerações de ordem moral devem encontrar conteúdo e respaldo na Constituição Federal, de modo que a moralidade seja aquela constitucional, e não dos desejos egoísticos que ferem a noção de dignidade da pessoa humana e todos os seus desdobramentos.

Na tormentosa travessia por liberdade e igualdade das pessoas transexuais, seu passado não pode servir como âncora a impedir seu pleno desenvolvimento a partir do processo de transição de gênero, maculando seu projeto existencial, mas o esquecimento (controle pretérito de dados sensíveis) serve para garantir que a pessoa, em toda sua dignidade que lhe é inerente, possa conduzir os rumos da própria vida. Diferentemente dos versos do Paulinho da Viola – “Não sou eu quem me navega, quem me navega é o mar” –, impõe-se assegurar à pessoa transexual ser o timoneiro de seu destino, deixando, caso queira, o mar da vida navegá-lo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, Thamias Debetter Viveiros de; ALMEIDA, Vitor. O direito ao esquecimento da pessoa transexual. In: TEPEIDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 65-95. ISBN 978-85-450-0319-9.